

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ORGANIZAÇÃO

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR

ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA

IAN FERRARE MEIER

LUCAS PRUDENTE RIBEIRO MARTINS

GABRIELA FERNANDES COLNAGO

POLIANE CARVALHO ALMEIDA

JEFFERSON SEIDY SONOBE HABLE

RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS

JOÃO VICTOR ORLANDI ZANETTI

ARTHUR HENRIQUE AGUIAR DANTAS

Coordenação

Lilian Rose Lemos Rocha

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

Organização

Israel Rocha Lima Mendonça Filho
José Ramalho Brasileiro Junior
Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva
Ian Ferrare Meier
Lucas Prudente Ribeiro Martins
Gabriela Fernandes Colnago
Poliane Carvalho Almeida
Jefferson Seidy Sonobe Hable
Ramon Franco Araújo dos Santos
Joao Victor Orlandi Zanetti
Arthur Henrique Aguiar Dantas

Brasília
2021



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

CEUB

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: estado, sociedade e direito /
coordenador, Lilian Rose Lemos Rocha – Brasília: CEUB: ICPD, 2021.

106 p.

ISBN 978-65-87823-79-9

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Hercúlio de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

A disciplina “Estado, Sociedade e Direito” da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do CEUB tem como intuito despertar a reflexão crítico-analítica da transversalidade jurídica. Assim, pensar sob a ótica transversal exige, tanto do corpo discente quanto do corpo docente, a integração de saberes e sistemas para a articulação de novos conhecimentos, o aprimoramento dos argumentos e a visão menos segmentada do campo do Direito.

Em meio à contínua complexidade desenvolvida pelo Estado e pela sociedade, nota-se o fundamental papel do Direito na articulação de contrários a partir do diálogo de diversos campos e na própria movimentação da complexidade que se faz pela operacionalização de instrumentos de áreas distintas na compreensão de que não existe uma única realidade. O diálogo transversal, portanto, demonstra intrínseco à matriz disponibilizada por meio da disciplina “Estado, Sociedade e Direito”, que foi fruto de intensos debates e reflexões no primeiro semestre de 2021.

Em conjunto ao exposto, outro instrumento analítico que atravessou a ótica de interpretações e diálogos debatidos relaciona-se à pandemia mundial gerada pelo coronavírus (Covid-19), vírus Sars-Cov-2 e novas variantes. Percebida como um dos maiores desafios mundiais da humanidade no presente tempo, a pandemia foi incluída como lente perceptiva de análise do impacto gerado no Estado, na Sociedade e no redesenho do próprio Direito.

Corroborando para a intensa discussão em sala de aula, os/as estudantes da disciplina realizaram a articulação desses diversos saberes a fim de produzir novos diálogos jurídicos a partir do contexto atual percebido e vivido no cenário brasileiro. A seguir, alguns desses trabalhos (artigos) foram selecionados com o objetivo de contribuir para a disseminação do conhecimento no intuito de que a Educação Superior deve “estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo”, em consonância como artigo 43, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996).

Desse modo, nenhum trabalho busca esgotar os saberes e diálogos sobre o tema que aborda. Pelo contrário, cada estudante teve a missão de iniciar um discurso interpretativo sobre as relações do Estado, Sociedade e Direito a fim de convidar o leitor e a leitora a mergulharem em reflexões atuais e estimulantes em relação às novas repercussões no campo jurídico.

Por fim, a produção escrita consubstanciada nos artigos de cada discente reflete o ambiente de discussões plurais proporcionado em sala de aula. Com isso, os artigos buscam identificar o novo procedimento analítico da capacidade estatal frente às variantes dinâmicas institucionais e sociais, exigindo a adaptabilidade do Direito que insurge uma alteração de paradigma.

Naiara Ferreira Martins

O PAPEL DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO TUTELA EFETIVA DE DADOS PESSOAIS..... 07

Carolina Sales Abraham

OS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL..... 27

Cléofanny Souza Silva

O POSICIONAMENTO POLÍTICO EMPRESARIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO À DEMOCRACIA..... 46

Felipe Alvarenga Neves

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE “SER ESQUECIDO” À LUZ DOS PRINCIPAIS *LEADING CASES* NACIONAIS E INTERNACIONAIS..... 68

Isabelly Alves De Melo

CRIME DE ESTELIONATO VIRTUAL EM TEMPOS DE PADEMIA DE COVID-19: ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MAJORANTE PARA CONTENÇÃO DO DELITO..... 85

Nathan Vinagre Augusto Dos Santos

O PAPEL DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO TUTELA EFETIVA DE DADOS PESSOAIS

Carolina Sales Abraham¹

RESUMO

Este Artigo Científico objetiva analisar o direito a autodeterminação informativa como tutela efetiva de dados pessoais no ambiente digital. Examina-se a hipótese mediante pesquisa bibliográfica (legislação, jurisprudência e doutrina), aplicando a metodologia argumentativa para verificar a hipótese. Primeiro, é apresentado os pontos que tangenciam a modificação dos arranjos sociais pelos avanços tecnológicos. Em seguida, analisa-se amplamente a concepção do direito à autodeterminação informativa, primeiramente como seu surgimento na Alemanha, e a posterior importação pela legislação brasileira. Ao final, confirma-se que a autodeterminação informativa é apta a proporcionalizar a proteção dos dados pessoais.

Palavras-chave: autodeterminação informativa; tratamento de dados pessoais; sociedade em rede.

ABSTRACT

This Scientific Article aims to analyze the right to informational self-determination as effective guardianship of personal data in the digital environment. The hypothesis is examined through bibliographic research (legislation, jurisprudence and doctrine), applying the argumentative methodology to verify the hypothesis. First, the points that concern the modification of social arrangements by technological advances are presented. Next, the conception of the right to informational self-determination is widely analyzed, first with its emergence in Germany, and the subsequent import by Brazilian legislation. In the end, it is confirmed that informational self-determination is able to proportionalize the protection of personal data.

Keywords: informational self-determination; processing of personal data; network society.

¹ Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aluna do Curso “Direito Digital: Inovação e Tecnologia” de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende retratar o papel do direito à autodeterminação informativa como garantidor da efetiva participação na sociedade da informação, uma vez que este proporciona a proteção de dados pessoais, em um contexto de construção da representação digital.

Para tanto, na via dogmática, será abordado no primeiro capítulo as principais modificações no arranjo social a partir do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, em especial a partir da utilização da Internet como espaço público de compartilhamento de dados. Com isso, será retratada a gênese da sociedade da informação e a importância da construção de uma representação digital efetiva para participação no ciberespaço.

Em seguida, no segundo capítulo, será abordado por meio da metodologia argumentativa o direito à autodeterminação informativa como garantidor da efetiva participação na sociedade da informação, uma vez que este proporciona a proteção de dados pessoais.

Para tanto, será percorrido, em um primeiro momento, a concepção do termo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), a fim de que se possa compreender seguidamente a importação deste fundamento pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, será percorrido os principais fundamentos que tangenciam o papel do consentimento na autorização do tratamento de Dados Pessoais, verificando se esta é a única alternativa possível para fundamentação do cruzamento de informações pessoais, legalmente prevista.

Ao fim, acredita-se que será possível responder ao questionamento referente a autodeterminação informativa garantidora da autonomia de vontade mínima dos usuários inseridos na sociedade da informação.

2 A MODIFICAÇÃO DOS ARRANJOS SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

No presente capítulo retratar-se-á como a expansão das tecnologias dos meios de informação e comunicação (TICs) tem contribuído para a verdadeira modificação dos arranjos sociais. Isto se deve, prioritariamente, pela expansão do espaço público ocasionada pela interconexão mundial criada pelas máquinas de computadores, que terminaram por eliminar quaisquer barreiras geográficas na comunicação entre os indivíduos.

Considerando essa nova dinâmica social, primeiramente será retratada a relação entre o surgimento da sociedade da informação e a construção da representação digital. Após, será discutido o papel do Estado e do Direito no acompanhamento dos novos anseios sociais incluídas neste contexto.

2.1 A Sociedade da Informação e a Construção da Representação Digital

A sociedade pós-industrial vem sendo marcada pelas transformações técnicas, organizacionais e administrativas movidas pelos avanços tecnológicos das formas de comunicação, conforme pondera Jorge Werthein².

É este avanço que vem causando diversos impactos sobre as formas como os indivíduos se conectam, por meio da expansão das tecnologias dos meios de informação e comunicação (TICs). Estas últimas, por sua vez, tem sido as grandes responsáveis pela criação de uma “teia mundial”, termo este cunhado por Manuel Castells³ para designar os paradigmas do desenvolvimento humano por meio dos registros digitais.

Nesta via, observa-se uma corpulenta mudança de padrões sociais com a transposição dos indivíduos para o ambiente virtual, fazendo com que seja necessária a criação de mecanismos aptos à tutelar novas demandas sociais de

² WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Revista Ciência da Informação, Brasília, v.29, n. 2, p. 71, 2000. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 29/04/2021.

³ CASTELLS, Manuel. Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 89.

proteção das esferas fundamentais individuais, como é o caso das discussões que envolvem o tratamento de dados pessoais dentro do arranjo da personalidade.

A autodeterminação informativa, conforme será visto ao longo do texto, se apresenta como um meio factível para que os indivíduos inseridos na sociedade da informação possam construir a sua representação digital de forma autônoma. Isto porque, uma vez que o titular dos dados tem o controle sobre as suas informações, seja no que tange à quem poderá ser disponibilizado ou seja no que diz respeito aos fins que o tratamento será realizado, termina-se por garantir a efetiva participação no ambiente virtual.

Seguidamente, será visto os principais desdobramentos ocorridos no papel do Estado e do Direito na regulamentação das relações no Ciberespaço. Especialmente, em razão das discussões sobre os limites dos direitos de personalidade, nele incluído a oportunidade de proteção de dados pessoais, em vista ao desenvolvimento da Internet.

2.2 O Papel do Estado e do Direito na Regulamentação das Relações no Ciberespaço

Compreendendo que houve uma alteração do panorama social como o advento das novas tecnologias dos meios de informação e comunicação (TICs), em especial no que diz respeito à Internet como rede mundial, é papel do Estado e neste, por fim, do Direito, acompanhar as tendências dos anseios sociais incluídas neste contexto. Por esta razão, faz-se necessário que todos os poderes se movimentem no sentido de garantir a devida proteção dos indivíduos inseridos no ciberespaço.

No que tange ao Poder Legislativo, este deve atuar no sentido de fazer com que o universo jurídico acompanhe as necessidades sociais que surgem a partir do impacto das tendências tecnológicas, que cada vez mais acentuam-se. Isso pode ser visto desde a concepção do Marco Civil da Internet⁴, que teve o fito de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres no âmbito da Internet. Especialmente no que tange a proteção de dados pessoais, foi com o advento da Lei Geral de Proteção de

⁴ BRASIL. Lei nº 12.957, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet (MCI). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29/04/2021.

Dados Pessoais⁵ que os direitos fundamentais referentes ao tratamento de informações dentro do sistema comunicacional digital ganharam uma proteção geral.

Já no que se refere ao Poder Judiciário, este tem o papel de atuar na solução de casos paradigmáticos que envolvem a temática, estabelecendo os padrões interpretativos do universo jurídico à disposição. Isto porque a jurisprudência exercerá uma função de amoldar as novas demandas sociais frente a legislação vigente, quem sempre dispõe de soluções pré-prontas. Segundo Luís Roberto Barroso⁶, este estaria identificado no papel representativo das Supremas Cortes ante ao avanço dos Direitos Fundamentais, no intuito de atender as demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário.

Por último, caberia ao Poder Executivo a defesa dos indivíduos envolvidos pela revolução informacional a adoção de políticas públicas, no sentido de que estas possibilitassem a implementação de uma cultura de proteção dos dados pessoais. O acompanhamento das atividades a serem desempenhadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) parece ser essencial para a compreensão dessas reflexões.

Em conclusão, após esta análise geral das modificações sociais e do papel do Estado e do Direito no acompanhamento das novas tendências digitais, enfoca-se sobre o papel da autodeterminação informativa como garantidor da efetiva participação na sociedade da informação, visando a possibilidade de autonomia sobre os dados pessoais que culminam na representação digital do usuário, conforme será visto a seguir.

3 O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA PARA TUTELA DE DADOS PESSOAIS

Neste capítulo será abordado o direito à autodeterminação informativa enquanto fundamento precípua dos titulares de dados pessoais de terem controle

⁵ BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 29/04/2021.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. Revista Publicum, Rio de Janeiro, 2018. p. 31. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>>. Acesso em: 29/04/2021.

sobre suas informações, de forma a prevenir seu acesso indevido, bem como o julgamento discriminatório a partir do cruzamento e tratamento destes.

Para tanto, primeiramente será percorrida a construção terminológica desse direito, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que deu gênese para o conceito e fundamentação jurídica da autodeterminação informativa.

Por último, será vista a importação desta concepção pela legislação brasileira, prioritariamente a partir dos limites estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em um momento no qual observa-se a necessidade de estabelecer um balanceamento nas assimetrias que envolvem a relação entre os usuários e as plataformas digitais.

3.1 Conceito e Fundamentos Jurídicos sobre o alicerce do Histórico Alemão

Pretende-se, neste tópico, desvelar a conceituação e fundamentação jurídica do que se dá por “autodeterminação informativa” utilizando, para tanto, o caminho histórico percorrido pelo termo desde a sua concepção até a atualidade. Nesta via, será possível compreender a importância do seu petrecho dentro da sociedade em rede, marcada pelo avanço dos meios tecnológicos de informação e comunicação, e as consequentes demandas sociais insurgentes.

3.1.1 *A construção da terminologia perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF)*

A princípio, conforme relata Laura Mendes⁷, o desenvolvimento do conceito ocorreu no âmbito de julgados do Tribunal Constitucional da Alemanha (TCF). As jurisprudências ligadas à temática guardam estrita relação com a evolução interpretativa da Corte, no sentido de que passou-se a garantir não somente a liberdade geral de ação ligada ao desenvolvimento da personalidade, mas sim, prioritariamente, o posterior reconhecimento da proteção da personalidade como um

⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. p. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

direito fundamental geral e pleno em si, sendo este último o alicerce da autodeterminação informativa.

Os antecedentes jurisprudenciais ligam-se à transmutação da interpretação dada ao Artigo 2º, § 1º, da Lei Fundamental da Alemanha, o qual dispõe que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”⁸. Neste seguimento, Leonardo Martins destaca que a Corte Constitucional Alemã, “em um número de decisões muito relevantes que chega à casa das dezenas, concretizou vários aspectos [da liberdade individual], chegando a criar verdadeiros ‘direitos’, a partir da derivação do conceito de livre desenvolvimento encontrado no Art. 2 I GG”⁹, culminando ao final na concepção da autodeterminação que aqui se trata.

Em um primeiro momento, foi no julgamento do “caso *Elfes*”, em 1957, que o TCF reconheceu o dispositivo apenas como um direito de liberdade geral de ação, distanciando-se do que se poderia considerar a base de um direito geral de personalidade.

Nada obstante, a Corte constatou que a compreensão dada ao dispositivo não era suficiente para solucionar os complexos casos da modernidade ligados ao exercício da personalidade. Isto porque a liberdade de ação visa proteger, tão somente, o livre comportamento do indivíduo, dispensando a necessária proteção do último em relação à ameaças de terceiros.

Por estas razões, na oportunidade do julgamento do “caso do Microcenso” e do “caso dos Autos do Divórcio”, nos anos de 1969 e 1970, respectivamente, o TCF instituiu uma linha interpretativa ligada ao espaço interior da personalidade. Este direito representaria um pressuposto do próprio auto desenvolvimento humano, razão pela qual a esfera privada deveria ser protegida contra intervenções, consolidando essa posição como uma garantia constitucional.

⁸ ALEMANHA. [Constituição (1949)]. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 29/04/2021.

⁹ MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 187. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 29/04/2021.

Cumpra salientar, como expõe Mendes¹⁰, que este direito ao respeito à esfera privada sofreu muitas críticas, especialmente por basear-se na teoria das esferas de Heinrich Hubmann, especialmente visto que aquela não reside no suposto embasamento da última, mas sim em razão do âmbito de proteção ao qual está ligada, enquanto conteúdo a ser protegido, que possui certa relatividade.

Neste seguimento, o reconhecimento de um direito geral da personalidade passou a ser um movimento precípua do operador Constitucional Alemão, ante a necessidade do fechamento de lacunas jurídicas sobre a proteção da personalidade em face do atual avanço tecnológico da sociedade em rede.

Foi no “caso princesa *Soraya*”, no ano de 1973, que o TCF deu o pontapé inicial para este reconhecimento. Na ocasião, foi admitida a existência de violação dos direitos de personalidade da ex-esposa do xá do Irã, em razão da publicação de uma entrevista fictícia pelo jornal *Die Welt*. Com isso, o precedente marcou o “fato de que o direito da personalidade geral é reconhecido como garantia constitucional, que está em pé de igualdade com a liberdade de imprensa [...] e deve ser ponderada com esta”¹¹.

Seguidamente, foi no “caso *Lebach*” que se deu um direcionamento ao bem protegido pelo direito geral de personalidade. Naquela conjuntura, em que se discutia sobre os limites da liberdade de expressão dos veículos de informação, houve uma mudança de paradigmas na proteção que saiu da zona de esfera privada e vai para o âmbito do exercício em sociedade. Esta percepção foi confirmada no “caso *Eppler*”, em 1980, oportunidade na qual a Corte Alemã aproveitou “para expor uma explicação minuciosa da concepção do direito geral da personalidade”¹².

Em desenlace aos precedentes apresentados, observa-se a necessidade da declaração do direito de personalidade como um direito de caráter abstrato e geral,

¹⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. p. 6-7. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹¹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹² MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

ante ao surgimento de novos desafios ligados à proteção individual em uma realidade de constante avanço tecnológico. Com isso, tem-se o ponto de surgimento do direito à autodeterminação informativa, conforme será visto a seguir.

3.1.2 *A concepção do direito à Autodeterminação Informativa a partir da Jurisprudência alemã*

Após a consolidação do direito geral de personalidade pelo TCF, houve a propagação da discussão para o âmbito da proteção de dados, culminando no surgimento do direito à autodeterminação informativa.

Foi no julgamento sobre a constitucionalidade de uma Lei sobre recenseamento da população, das profissões, das residências e dos locais de trabalho, em 1983, que a Corte alemã demarcou esse direito como um “critério para as fases do processamento da informação”¹³, retomando a noção sobre a necessidade de controle da ingerência no comportamento dos indivíduos, através do processamento não transparente de seus dados.

Isto porque a Lei previa uma ampla coleta de dados pessoais, bem como o seu processamento ilimitado, armazenamento e posterior compartilhamento das informações obtidas com outros órgãos governamentais, sem proporções determinadas. Com isso, o TCF reconheceu que “as novas condições tecnológicas e sociais requerem o desenvolvimento continuado da interpretação dos direitos fundamentais para garantir a proteção do indivíduo na sociedade da informação”¹⁴, ante ao risco enfrentado no âmbito da privacidade pelas atividades de processamento eletrônico dos dados.

Dentro desse panorama se encontram as discussões referentes ao *profiling*, no qual André Costa¹⁵ designa como uma técnica de tratamento de dados realizados por inteligência artificial com o fito de obter *metainformações*, estas últimas

¹³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹⁵ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, A. Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. P. 191-192.

responsáveis por manter um perfil da pessoa que utiliza a tecnologia da informação. Por esta razão, na linha do que foi discutido pela Corte Constitucional, “entende-se que o indivíduo não detém mais o controle sobre os seus dados, sendo estes de domínio dos provedores de busca”¹⁶.

À vista disso, o TCF afirmou que o processamento automatizado de dados reflete uma real ameaça ao poder individual de decidir sobre a concessão do fornecimento de seus dados pessoais a terceiros, motivo este que levou a Corte a estender a proteção frente à toda cadeia percorrida pelos dados pessoais, não apenas no tocante à esfera de proteção sobre as informações consideradas íntimas.

Com isso, Mendes destaca que o direito da autodeterminação informativa se baseia em três propriedades:

Primeiramente, o poder de decisão é formulado como o âmbito de proteção do direito, de tal modo que o indivíduo pode decidir, ele próprio, sobre a coleta e utilização de informações de cunho pessoal [...]. Daí resulta a segunda propriedade, qual seja, a de que o direito fundamental à autodeterminação informativa não abrange um teor de proteção fixo e definido, desviando-se, assim, do modelo de esfera privada de atribuição de dados a uma esfera íntima. Em terceiro lugar, a referência pessoal do dado atua decisivamente sobre o teor da proteção na medida em que cada registro que se revela como pessoal é merecedor de proteção.¹⁷

Em suma, o direito a autodeterminação informativa pode ser visto, a partir deste julgado alemão, como um amplo instrumento procedimental apto a proteção do âmbito mais geral da personalidade, nele condensado o direito fundamental de proteção de dados.

Para além da aplicação deste direito nas relações entre o Estado e seus cidadãos, a autodeterminação informativa foi paulatinamente sendo transportada para as relações privadas, em vista ao crescente poder de processamento de dados pelas empresas atuantes no ciberespaço. Isto se deve à eficácia horizontal dos

¹⁶ ABRAHAM, Carolina Sales. O direito ao esquecimento na perspectiva da ponderação entre direitos fundamentais. 2021. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021. P. 14. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14869>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

direitos fundamentais, isto é, a necessidade de observância dos preceitos constitucionalmente garantidos nas relações de Direito Privado.

Foi em um caso que tratava sobre a obrigação de uma pessoa interditada em revelar a sua condição na ocasião de um contrato de aluguel, no ano de 1991 e, posteriormente, em outro caso sobre a dispensa da confidencialidade sobre um contrato de seguro de vida, que o Tribunal Constitucional alemão destacou a dimensão objetiva do direito geral de personalidade. Razão pela qual, portanto, deve ser observado no âmbito privado por meio da interpretação e aplicação da prerrogativa fundamental no caso concreto.

Um ponto elementar abordado pela Corte da Alemanha refere-se ao poder de autonomia privada do usuário nas escolhas voluntárias da exposição da informação, que estaria sendo colocada e xequé face à considerável importância da prestação sendo a ele oferecida. Em outras palavras, a autodeterminação informativa deve ser colocada sobre o prisma do princípio da perturbação da paridade contratual, visto que muitas vezes “o segurado não teria nenhuma alternativa real para assinatura da declaração de dispensa da confidencialidade para além da não contratação do serviço”¹⁸, como ocorreu no último caso.

Neste seguimento, as ponderações do TCF encontram grande relevância ao passo que avaliamas necessidades de proteção do usuário nas circunstâncias em que há um consentimento aparente ou ficto, em razão do desequilíbrio de poder contratual entre as partes. Aplica-se, para além do princípio da autonomia privada do direito contratual, a percepção ligada à autodeterminação informativa sobre a proteção dos direitos de personalidade. Por esta razão, nas palavras de Mendes:

A dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa decorre não apenas um dever de proteção contra o conhecimento não autorizado por terceiros, mas também um dever de proteção contra o consentimento meramente aparente (ou fictício) quanto ao tratamento de dados. Dos deveres de proteção decorrentes do direito à autodeterminação

¹⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

informativa resulta, assim, um controle judicial específico também de contratos que regulam o tratamento de dados.¹⁹

Sem exaurir as discussões delas advindas, pode-se definir a autodeterminação informativa como o direito que o titular de dados tem sobre o controle de suas informações pessoais, desde a sua coleta até a sua utilização, para que se possa evitar e/ou prevenir o acesso irrestrito aos dados, assim como o julgamento discriminatório provocado pelo tratamento destes.

Por estas razões, considerando o papel exercido pelos dados pessoais dos usuários na construção de um perfil pessoal dentro do ciberespaço, deve-se tangenciar o tema da autodeterminação informativa a partir da possibilidade oportunizada pelo mecanismo de autonomia sobre o controle da nossa representação digital.

Finalmente, saindo da jurisdição alemã, deve-se percorrer a importação desta concepção pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de destacar os pontos basilares que refletem a autodeterminação informativa como uma tutela efetiva de dados pessoais na sociedade da informação.

3.2 A importação da concepção pela Legislação Brasileira: Uma visão da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

Considerando que a autodeterminação informativa estaria intrinsecamente ligada a um poder do indivíduo de exercer na coletividade o plano de vida que lhe cabe, uma vez que direciona a autonomia sobre a titularidade de seus dados pessoais, a importação da concepção se torna de extrema necessidade ante ao desenvolvimento tecnológico dos meios digitais.

Isto porque, com este direito, poder-se-ia defender os usuários contra a construção de um perfil que não se coaduna como seu desejo individual na Internet, o que terminaria por violar os seus direitos de personalidade e, em último caso, a própria dignidade da pessoa humana.

¹⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. P. 8. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

É neste sentido que veremos o movimento legislativo pátrio na positivação da autodeterminação informativa ligada a proteção de dados pessoais, na linha do que foi visto perante o Tribunal Constitucional da Alemanha no reconhecimento jurisprudencial desta tutela. Por esta razão, será elucidado a seguir os principais pontos que tangenciam essa importação, prioritariamente a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e da proteção constitucional do tema.

3.2.1 Positivação da Autodeterminação Informativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro: fundamento para a tutela eficiente dos dados pessoais

Pretende-se, neste tópico, desvelar como se deu a inserção da autodeterminação informativa no ordenamento jurídico pátrio. Percorrendo, para tanto, as repercussões dessa regulamentação na defesa dos direitos à proteção dos dados pessoais, este último na qualidade de fração do direito de privacidade dentro da esfera geral da personalidade.

O direito à autodeterminação informativa ganha escopo nas normas de direito brasileiro a partir da sua consagração como fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais no artigo 2º, inciso II, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

Isso implica reconhecer que a faculdade de exercer controle sobre os dados pessoais e suas formas de tratamento expressa, em ultimato, a liberdade de escolha para produção da identidade pessoal no ambiente virtual, bem como para as formas de interação na sociedade em rede. O que, como visto, acabou por ser conhecido pelo legislador brasileiro na edição da norma que possui o escopo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

No que se refere a estes últimos, englobados no direito fundamental de personalidade, é certo que a Constituição Federal de 1988 foi revolucionária ao prescrever, de forma expressa, em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas assegurando, inclusive, dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

Edilsom Farias²⁰ destaca que esses direitos possuem um duplo caráter, ao passo que para além de constituírem direitos fundamentais, com proteção hierárquica suprema no ordenamento jurídico, são ao mesmo tempo direitos de personalidade. Isto é, foram gradativamente sendo transmutados primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia no âmbito privado no Direito brasileiro, para apenas depois serem reconhecidos na estrutura de direito público em que se situa o direito constitucional.

Neste seguimento, a constitucionalização da temática foi fundamental para a proteção do conteúdo inerente à própria essência do ente humano, nele compreendido o que poderia se denominar da personalidade digital, ante a expansão dos meios de comunicação para o ambiente virtual. Stefano Rodotà²¹ defende que a privacidade, enquanto direito de personalidade, tem ganhado novos contornos com o desenvolvimento das tecnologias da informação, precipuamente no que tange à inserção em um contexto digital.

Com isso, o direito à proteção dos dados pessoais situa-se como condição necessária para satisfação daquele direito fundamental, estando nele incluído, em um contexto de práxis da autodeterminação informativa, que aqui se trata.

Questiona-se, nesta medida, se a autodeterminação informativa seria uma tutela eficiente de dados pessoais, à medida que hipoteticamente é garantidora da autonomia de vontade mínima dos usuários inseridos na sociedade da informação, quando da construção da representação digital. Isto porque a medida garante um certo controle sobre as próprias informações, “não apenas em vista a defesa da sua esfera privada contra invasões externas, mas também na construção da sua identidade pessoal”²².

²⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. P. 105-106. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>>. Acesso em: 29/04/2021.

²¹ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 61.

²² ABRAHAM, Carolina Sales. O direito ao esquecimento na perspectiva da ponderação entre direitos fundamentais. 2021. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021. P. 16. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14869>>. Acesso em: 29/04/2021.

Evidentemente, em uma era na qual “se você não está pagando pelo produto, você é o próprio produto”²³, soa razoável uma tentativa de autodeterminação quanto à propriedade e uso dos dados pessoais, saindo da cadeia na qual a autonomia da vontade não se satisfaz ante as formas contratuais coercitivas dos termos de uso dos serviços no ciberespaço.

Distanciando-se da utopia de que podemos empacotar os nossos dados pessoais em um espaço fora de alcance dos cruzamentos realizados pelos algoritmos, a autodeterminação informativa apresenta-se como uma forma razoável de tutela desses dados. Isto porque considera-se que a atividade de recolhimento e processamento de informações realizada pelas plataformas não se tornará apenas transparente, mas, acima de tudo, cognoscível pelo indivíduo da sociedade da informação. Ainda, possibilitará que este último possa decidir quais informações são passíveis de tratamento, e para qual finalidade seu resultado servirá.

Conclui-se, portanto, que a autodeterminação informativa é uma forma de tutela eficiente dos dados pessoais, à medida que se mostra garantidora da autonomia de vontade mínima dos usuários inseridos na sociedade da informação, oportunizando que o indivíduo construa os termos de sua representação digital.

3.2.2 *O papel do Consentimento na autorização do tratamento de Dados Pessoais: única alternativa possível?*

Após a apresentação do instituto da autodeterminação informativa como garantidor da efetiva participação dentro da sociedade da informação, uma vez que proporciona a proteção dos nossos dados pessoais em um contexto de representação digital, passa-se a analisar as formas de autorização para o tratamento dessas informações pelos provedores de rede.

Isto porque os nossos dados são os grandes responsáveis pela formação de um perfil pessoal de cada indivíduo dentro do ciberespaço, na linha do que foi apresentado sobre o que se conceitua sobre *profiling*. Assim, uma vez que a autodeterminação informativa aponta que o titular dos dados deve ter controle sobre

²³ O Dilema das Redes. Direção de Jeff Orlowski. Estados Unidos: Netflix, 2020. 1 vídeo (89 min.).

as suas informações pessoais, fugindo do enlace de domínio dos provedores sobre os nossos dados.

Atualmente, nada obstante, a própria Lei Geral de Proteção de Dados já dispõe de um rol taxativo para justificar o tratamento de dados pessoais, no seu artigo 7º, o qual dispõe:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

São disponibilizadas pelo legislador, portanto, 10 (dez) formas de fundamentação desse cruzamento de informações individuais, trazendo certo limite ao armazenamento e tratamento de dados pessoais. Neste sentido, é possível perceber que o consentimento é apenas uma dessas formas, ante uma extensa base que legitima a realização do tratamento. Nada obstante, ressalta-se que a

inexigibilidade do consentimento para o tratamento de dados pessoais não afasta a responsabilidade do agente de tratamento pela observância dos princípios gerais e das garantias dos direitos do titular dos dados.

Embora haja outras formas de legitimidade para o uso dos dados pessoais que não perpassam o consentimento, é relevante observar o papel deste último em um contexto de autodeterminação informativa. Ainda, pois o legislador estatuiu com grande zelo esta forma de autorização, seguindo o artigo 8º da LGPD para este fim.

Partindo do ponto elementar discutido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre um consentimento aparente ou ficto, em razão do desequilíbrio de poder contratual entre as partes, desperta certo sentido o cuidado do legislador na normatização geral dos dados pessoais na jurisdição brasileira, no que se refere ao consentimento dos usuários.

Assim, uma vez havendo a necessidade do consentimento do titular de dados para a realização do tratamento, esta deverá ser fornecida de forma que demonstre a livre manifestação de vontade do titular, sendo vedado nos casos em que paira o vício no consentimento. Ademais, caberá ao agente o ônus de comprovar a inequívoca vontade do usuário, o qual deverá ser obtida a partir de termos determinados em relação à sua finalidade, sob pena de nulidade.

Em suma, arremata-se que o consentimento não é a única alternativa possível para a autorização do tratamento de dados pessoais. Entretanto, este exerce um papel referencial na medida em que está intimamente ligado à autonomia de vontade dos titulares das informações, que se encontram inseridos dentro desta sociedade informacional, razão pela qual merece tratamento diferenciado pela LGPD.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À pretexto de analisar o direito à autodeterminação informativa como uma tutela eficiente de dados pessoais, o presente Artigo buscou investigar os principais pontos que tangenciam a temática, a partir de uma perspectiva dogmática e argumentativa.

Por conseguinte, no primeiro capítulo, foram abordados os principais desdobramentos atinentes a corpulenta transformação dos padrões sociais, a partir de uma verdadeira virtualização da vida, fenômeno este nomeado de criação da Sociedade da Informação, ou Sociedade em Rede.

Seguidamente, foram ponderadas as questões atinentes ao papel do Estado e do Direito na regulamentação das relações que ocorrem no ciberespaço, perpassando por todas as atividades realizadas pelos três poderes.

Em um segundo momento, a pesquisa voltou-se para o direito à autodeterminação informativa enquanto fundamento precípua dos titulares de dados pessoais de terem controle sobre suas informações. Para tanto, percorreu-se o caminho da gênese dessa concepção na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, evidenciando os principais pontos de discussão referentes à matéria.

Finalmente, analisou-se a transposição do fundamento da autodeterminação informativa pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se deu de forma expressa na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Tangenciou-se, ainda, as relações de garantia constitucional que guarda o instituto. Ao final, apresentou-se o papel do consentimento para a autorização do tratamento de dados pessoais, verificando que esta não é a única forma possível para fundamentação do cruzamento e utilização de informações dos usuários pelas plataformas digitais.

Uma vez que o direito à autodeterminação informativa tem se apresentado como um mecanismo de tutela eficiente para proteção de dados pessoais, conclui-se que esta tem se apresentado como uma alternativa favorável de representação da personalidade digital, apta a responder os anseios sociais pela titularidade dos bens preciosos na atualidade: os dados.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Carolina Sales. **O direito ao esquecimento na perspectiva da ponderação entre direitos fundamentais**. 2021. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14869>>. Acesso em: 29/04/2021.

ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 29/04/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX**. Revista Publicum: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>>. Acesso em: 29/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 12.957, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet (MCI). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29/04/2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 29/04/2021.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital**. In: SCHREIBER, A. Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. P. 184-208.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>>. Acesso em: 29/04/2021.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50 anos de jurisprudencia do tribunal constitucional federal alem ao.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50%20anos%20de%20jurisprudencia%20do%20tribunal%20constitucional%20federal%20alem%20ao.pdf)>. Acesso em: 29/04/2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 25, n.4, p. 1-18, out./dez. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>>. Acesso em: 29/04/2021.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade**. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265>. Acesso em: 29/04/2021.

O Dilema das Redes. Direção de Jeff Orlowski. Estados Unidos: Netflix, 2020. 1 vídeo (89 min.).

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Editora renovar, 2007.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios.** Revista Ciência da Informação, Brasília, v.29, n. 2, p. 71-77, 2000. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 29/04/2021.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL

Cléofanny Souza Silva¹

RESUMO

O presente artigo busca analisar as prisões no Brasil durante a pandemia Covid-19, visto que, a grave crise sanitária fez com que diversas medidas fossem tomadas para frear o avanço da doença no Brasil e o mundo. Ocorre que, para evitar a propagação em massa do vírus nas unidades prisionais brasileiras algumas medidas de prevenção foram aplicadas e consequentemente houve implicações relevantes na vida dos presos e tudo ao seu redor. Ademais, no decorrer do avanço do contágio medidas restritivas foram adotadas dentro das unidades prisionais visando resguardar a vida, porém algumas das medidas vão em confronto com os direitos dos aprisionados. As medidas abordadas nesse artigo visam demonstrar a mais obscura parte do sistema prisional brasileiro onde os presos não têm seus direitos respeitados e são tratados muitas vezes como objetos do Estado, revelando assim, as condições insalubres e precárias das unidades prisionais que se quer fornecem o básico para os detentos em tempos normais, quem dirá diante de uma crise igual essa que estamos vivendo. Por esse motivo, será feita uma análise das prisões em meio a pandemia e os impactos das decisões que influenciam nos direitos dos presos.

Palavras-chave: Covid-19; precariedade do sistema prisional; prisões; restrições de direitos.

ABSTRACT

This article seeks to analyze prisons in Brazil during the Covid-19 pandemic, since the serious health crisis has led to several measures being taken to slow the spread of the disease in Brazil and the world. It so happens that, in order to avoid the mass spread of the virus in Brazilian prison units, some preventive measures were applied and consequently there were relevant implications for the lives of prisoners and everything around them. In addition, in the course of the spread of contagion, restrictive measures were adopted within the prison units in order to safeguard life, but some of the measures go against the rights of prisoners. The measures covered in this article aim to demonstrate the most obscure part of the Brazilian prison system where prisoners do not have their rights respected and are often treated as objects of the State, thus revealing the unhealthy and precarious conditions of the prison units that one wants to provide the basics with, for detainees in normal times, who will say

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

in the face of a crisis like the one we are experiencing. For this reason, an analysis will be made of prisons in the midst of the pandemic and the impacts of decisions that influence prisoners' rights.

Keywords: Covid-19; precarious prison system; prisons; rights restrictions.

1 INTRODUÇÃO

No início do ano 2020 fomos surpreendidos por uma grave crise sanitária causada pela pandemia Covid-19, que teve origem na China. Desde então vivemos momentos conturbado e de incertezas onde até o momento soma-se várias vidas perdidas para doença².

Para amenizar os danos causados pela doença tivemos que mudar hábitos e consequentemente a maneira de viver, por isso, o Estado vem tomando medidas para evitar a propagação do vírus que vem evoluindo como o passar dos meses passando a ser mais contagioso e letal para a saúde das pessoas, com isso o cenário atual é de caos e medo.

Visando conter o avanço da doença e evitar um colapso no sistema de saúde, principalmente o sistema público que é precário o Estado desde o início vem adotando as medidas de distanciamento e isolamento, consequentemente as medidas impostas pelos governos vêm gerando impactos relevantes nas vidas íntimas e sociais dos indivíduos, além das instabilidades geradas no âmbito econômico e judiciário.

Como pessoas livres conseguimos visualizar os impactos que as medidas de seguranças promovidas pelo Estado vêm causado em nossas vidas, por exemplo, restrições ao nosso direito de ir e vir, toques de recolher, e em alguns casos até o nosso direito de consumir. Nesse caos passamos a sentir na pele como é ter a nossa vida monopolizada pelo Estado sem que ele de fato atue de forma eficiente para o coletivo, muito pelo contrário, visualizamos uma política de morte causada pela completo descaso e ineficiência de um Estado que cobra muito e contribui pouco.

² Sem autor: Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS Brasil. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em 17/04/2021.

É desesperador vivermos durante uma pandemia mundial sem um governo eficiente na batalha a favor da vida, se todo esse caos e dificuldades que estamos enfrentando mesmo tendo a nossa disposição a liberdade, o acesso à informação e por mais difícil que seja o contato remoto com as pessoas que amamos, imagina a situação de quem há muito tempo é tratado como a escória da sociedade.

2 PANDEMIA MUNDIAL E ORIENTAÇÃO PARA AS PRISÕES

Por se tratar de uma doença de alto contágio surgiu a preocupação com as pessoas reclusas em presídios, afinal, o Brasil é o terceiro país que mais prende pessoas, perdendo somente para os Estados Unidos (mais de dois milhões de presos) e China (quase dois milhões de presos)³.

Visando amenizar os danos da doença nos presídios brasileiros no dia 17 de março, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ publicou a recomendação nº 62/2020 com intuito de evitar problemas graves de saúde nos presídios brasileiros, reconheceu o alto índice de transmissibilidade do novo Coronavírus (COVID-19) e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais, tendo em vista fatores como a aglomeração e total insalubridade das unidades, sem falar na inobservância de procedimentos mínimos de higiene e, caso necessário, isolamento rápido dos internos que apresentarem sintomas, a insuficiência de equipe de saúde, entre outros, características inerentes ao sistema penitenciário brasileiro.⁴

Vejamos uma parte dessa recomendação:

Art. 4 Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:
Poder Judiciário

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança

³ Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 17/04/2021.

⁴ Sistema prisional - CNJ recomenda diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Consultor Jurídico, 17/03/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/cnj-recomenda-diminuicao-fluxo-ingresso-sistema-prisional>>. Acesso em: 17/04/2021.

de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.⁵

Antes mesmo dessa recomendação o Tribunal de Justiça de Minas Gerais emitiu portaria conjunta nº 19/PR/2020 tratando sobre o tema, como podemos ver abaixo:

Art. 5º Recomenda-se a revisão de todas as prisões cautelares no âmbito do Estado de Minas Gerais, a fim de verificar a possibilidade excepcional de aplicação de medida alternativa à prisão.⁶

Importante frisar, que logo após a resolução do Conselho Nacional de Justiça o Supremo Tribunal Federal sugeriu que os juízes não soltassem em massa os apenados por causado covid-19⁷, posto isso, é importante fazer uma análise sobre as prisões cautelares no Brasil visto que elas somam grande partes das prisões.

3 PRISÕES CAUTELARES: ASPECTOS GERAIS

As medidas cautelares nada mais são que mecanismos para preservar o devido processo legal, e dessa forma resguardar a aplicação da sanção aquele que infringiu a lei, existe duas modalidades de medidas cautelares, as prisões cautelares e

⁵ Brasil: Recomendação nº 62, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17/04/2021.

⁶ Brasil. Portaria Conjunta nº 19/PR – TJMG/2020, 16 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-conjunta-19pr-tjmg2020.pdf>>. Acesso em: 17/04/2021.

⁷ COMBATE AO CORONAVÍRUS - STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. Consultor Jurídico, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/stf-derruba-conclamacao-juizes-analisem-condicional-presos>>. Acesso em: 17/04/2021.

as medidas cautelares diversas das prisões, aqui analisaremos a primeira modalidade que se divide em temporárias e preventivas.

A prisão temporária foi instituída na Lei n. 7.960/89, ela é utilizada durante a investigação policial nos casos em que se faz necessário a prisão do suspeito para a averiguação do crime e consequentemente o êxito do mesmo, tal medida deve ser requerida pelo Ministério Público ou autoridade policial, sendo vetado decretar ex officio pelo juiz⁸.

Assim, o suspeito fica a disposição da autoridade policial no prazo máximo de 10 (dez) dias ou 60 (sessenta) dias em se tratando de crime hediondo, para a sua decretação o juiz deverá analisar e ver se há realmente necessidade para tal medida e se a mesma é adequada com base no pedido da autoridade policial⁹.

Já a prisão preventiva poderá ocorrer tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual, ela deve ser requerida pelo Ministério Público, ou querelante, ou mediante representação da autoridade policial, podendo o julgador decretar ex officio, o que gera um questionamento sobre a imparcialidade do juiz¹⁰.

Vejamos:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando de ofício a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema

⁸ JUNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares – DIG. 5º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 175-176. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/cfi/173!/4/4@0.00:55.4>>. Acesso em: 17/04/2021.

⁹ JUNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares – DIG. 5º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 173-174. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/cfi/173!/4/4@0.00:55.4>>. Acesso em: 17/04/2021.

¹⁰ JUNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares – DIG. 5º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 90-91. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/cfi/173!/4/4@0.00:55.4>>. Acesso em: 17/04/2021.

acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade¹¹.

Para a decretação da prisão é importante destacar que é necessária uma decisão judiciária fundamentada no *fumus commissi delicti*¹² e o *periculum libertatis*¹³, por isso de acordo com Aury Lopes:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (relação à coleta da prova).¹⁴

A prisões não devem ser a regra, mas sim uma exceção, sendo sempre a última alternativa para a solução do problema, afinal, a liberdade é um direito constitucional de um valor imensurável, ousasse dizer que talvez o mais importante entre os direitos fundamentais e por esse motivo a sua decretação deve estar balizada em uma decisão judicial devidamente fundamentada.¹⁵

No Brasil, a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5, LXI, da CB, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto (ainda art. 283).¹⁶

Uma das características das prisões cautelares é a temporariedade das medidas, ou seja, não pode ser tratada como uma antecipação de cumprimento de pena, apesar de a prisão preventiva não ter um tempo especificado por lei diferente

¹¹ JUNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares* – DIG. 5º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 92-93. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/cfi/173!/4/4@0.00:55.4>>. Acesso em: 17/04/2021.

¹² “O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, como suporte fático real, extraído dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permite deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização é consequência apresentam como responsável um sujeito concreto.” JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 632.

¹³ “Assim pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniente da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.” JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 635.

¹⁴ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 582.

¹⁵ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. Pg 617.

¹⁶ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. pg 586.

da prisão temporária, se usa parâmetros temporais de outras normas para determinar um prazo razoável para sua permanência não ser tornar um abuso.¹⁷

Além desses parâmetros temporais deve-se destacar que as prisões cautelares podem cessar antes do previsto, pois assim que cessar os motivos que a impuseram inexistirá motivos para a sua permanência.¹⁸

Assim diz o art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)¹⁹.

Diante o exposto, as prisões cautelares não podem ser decretadas de qualquer forma, é necessário (o que deveria acontecer e de fato não acontece) que os motivos para tal decretação seja analisado de forma séria e cautelosa, mas o que mais vemos em decisões é a invocação da gravidade abstrata do crime como fundamentação, chega a ser bizarro, mas se analisarmos as prisões preventivas no Brasil chegaremos a conclusão de que vem ocorrendo uma rotulação dos delitos que devem ser objetos dessa prisão, sem levar em consideração a extrema necessidade de se tomar tal medida²⁰.

Decerto, as prisões preventivas acabam não sendo proporcional e muitas vezes ao final do processo a pena aplicada se quer ensejar na privação de liberdade, sem falar que existem outras medidas a serem imposta que atinge a mesma

¹⁷ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. Pg 587.

¹⁸ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. Pg 587.

¹⁹ BRASIL. Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17/04/2021.

²⁰ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 128-129.

finalidade de uma prisão, porém, de forma menos onerosa para o sujeito que se encontra diante do judiciário²¹.

Importante destacar que grande parte das prisões preventivas no país advém da prisão em flagrante que na hora da audiência de custódia é convertida. A audiência de custódia tem o objetivo de filtro as prisões, nela não se discute o mérito da questão, mas tão somente supostas ilegalidades²².

Segundo dados publicados no final de 2019 pela DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, cerca de 29,75% da população carcerária são presos provisórios, 48,47% de presos no regime fechado, 17,84% de presos no regime semiaberto, 3,36% de presos no regime aberto e 0,58% de presos em outras medidas de segurança ou tratamento ambulatorial de um total de quase 748.009 mil detentos, ou seja, diante desse cenário visualizamos um número muito simbólico de presos provisórios o que só comprovaram que as prisões preventivas não estão sendo a exceção, mas se tornaram a regra no nosso ordenamento jurídico²³.

No último levantamento feito pela DEPEN, compreendendo o período de janeiro a junho de 2020 podemos verificar que o número de presos no Brasil caiu de 748.009 mil pra 702.069 mil detentos onde 29,81% da população carcerária são presos provisórios, 49,11% de presos no regime fechado, 14,5% de presos no regime semiaberto, 6,17% de presos no regime aberto e 0,41% e presos em outras medidas de segurança ou tratamento ambulatorial²⁴.

De acordo com esses levantamentos os crimes que mais prendem no Brasil são os crimes contra o patrimônio (roubo, furto, receptação, etc.), em segundo lugar estão os crimes previstos na lei de droga, e em terceiro lugar os crimes contra a

²¹ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18ª ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 129.

²² FREITAS, Rafael Almeida de. Audiência de custódia: um avanço para a diminuição de presos provisórios no Brasil? Artigos Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71990/audiencia-de-custodia-um-avanco-para-a-diminuicao-de-presos-provisorios-no-brasil>>. Acesso em: 20/04/2021.

²³ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – dezembro de 2019. Brasil. P.3–13. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZlIkdGJjODQ0NmJlM00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 23/04/2021.

²⁴ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – dezembro de 2019. Brasil. P.3–13. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZlIkdGJjODQ0NmJlM00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 23/04/2021.

pessoa (homicídio, lesão corporal, etc.)²⁵, com base nas estatísticas podemos perceber que parte considerável dos presos provisórios são autores desses delitos, ou seja, acaba sim ocorrendo uma rotulação nos crimes que se deve prender preventivamente o que consequentemente leva a decisões genéricas fundadas, principalmente com base na garantia da ordem pública sem a análise imprescindível de que tal medida é realmente necessária²⁶, dito isto, se faz necessária uma breve análise sobre os principais crimes que mais predomina no Brasil.

O crime contra o patrimônio, principalmente os crimes de roubo e furto são os que mais aprisiona, podemos condicionar tal realidade ao fato da desigualdade vivida em nosso país, claro que não podemos generalizar e atribuir exclusivamente a desigualdade social como justificativa para os crimes contra o patrimônio, mas não podemos fingir que existem fatores que leva determinado indivíduo a cometer o crime e isso não se limita apenas na esfera da vontade.

Em pesquisa realizada pelo REBESP – Revista Brasileira de Estudo de Segurança Pública foi constatado que o índice de desemprego em dado momento influencia no índice de crimes contra o patrimônio, principalmente no crime de roubo, não se pode afirmar que os desempregados do país são os cometedores desses crimes, mas podemos enxergar que a desigualdade social é um fator de extrema importância que deve ser considerada ao olhar a situação carcerária em nosso país²⁷.

Em segundo lugar está o crime de tráfico de drogas, um dos problemas encontrados para enfrentar o volume crescente de indivíduos presos por este delito pode se dar justamente por causa das lacunas encontradas na legislação no que tange a diferenciação objetiva e concreta de usuário e traficante. A lei 11.343/2016 em seu artigo 28 trouxe a figura do usuário, dessa forma, a legislação optou por não aplicar

²⁵ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – dezembro de 2019. Brasil. P.17–18. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJhLWVlODRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 23/04/2021.

²⁶ SCHREIBER, Simone. Prisões Cautelares? O que há de novo? Justificando – mentes inquietas pensam direito. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/05/15/prisoes-cautelares-o-que-ha-de-novo/>>. Acesso em: 23/04/2021.

²⁷ MELLO, Dayane Rodrigues Gonçalves de; BORGES, Michelle da Silva; ROSA, Aline Hubaide. Aumento do desemprego e crescimento dos crimes de furto na AISP 26: análise de interferência entre variáveis. Disponível em: <<file:///Users/apple/Downloads/328-Texto%20do%20artigo-1274-1-10-20180803.pdf>>. Acesso em: 25/04/2021.

pena corporal a esses indivíduos tornando-se tal norma em um instituto despenalizador, ocorre que, mesmo despenalizando a conduta e trazendo em seu § 2º, parâmetros para distinguir um usuário de um traficante não é o suficiente para nos deparar com diversos casos absurdos.²⁸

Isso ocorre por falta de parâmetros mais objetivos para distinguir essas duas figuras, deixando margem a diversas interpretações e o resultado disso é o cenário atual onde na grande maioria das vezes um indivíduo primário pego com 6g de maconha é preso em flagrante por tráfico e pode ficar encarcerado até o final da instrução criminal onde muitas vezes a pena nem comina em prisão²⁹.

Fato é que um indivíduo que mora em um bairro nobre pego com 6g de maconha vai ser tido como usuário ou muita das vezes o policial que o aborda se quer vai perder o seu tempo levando-o a delegacia para que este assine um termo, muito diferente ocorreria se o indivíduo fosse morador de uma comunidade carente, mesmo sendo abordado em circunstâncias semelhantes aquele que mora em bairro nobre este será tido como traficante, será preso e muitas vezes condenado como tal, com essa análise já conseguimos entender que o sistema prisional não é para todos e que ele foi feito para um determinado público, qual seja, pessoas pobres e negras.

Ressalta-se que segundo dados disponibilizados pelo Departamento Prisional Nacional a quantidade de incidente por esse tipo penal é corresponde 20,28% do total, sendo que desse total, 50,94% desse incidente são cometidos por mulheres (cuja apreensão muitas vezes se dá quando a mulher tenta entrar com substâncias entorpecentes dentro dos presídios onde seus entes estão presos), 19,17% desse incidente são cometidos por homens e por fim em se tratando de presos por crimes hediondos o tráfico de drogas corresponde a 41,65% dos crimes dessa categoria³⁰.

²⁸ MALULY, Jorde Assaf. Lei 11.343/06. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal – CONAMP. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenizacao-daposse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html#:~:text=Como%20se%20v%C3%AA%2C%20a%20parte,a%20programa%20ou%20curs,o%20educativo>>. Acesso em: 25/04/2021.

²⁹ ODON, Tiago Ivo. Pequenos traficantes, prisões cheias e uma lei ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas” – Senado Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/532804>>. Acesso em: 25/04/2021.

³⁰ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciários – dezembro de 2019. Brasil. P.3–13. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNmFkNT>>

3.1 Medidas restritivas no combate a Covid-19

Diante da superlotação das penitenciárias brasileiras onde a precariedade para manter os cuidados necessários visando a não propagação do vírus é impossível a recomendação nº 62 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apoiada pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à tortura – MNPCT passou a ser adotada de forma tímida pelos magistrados³¹.

Ressalta-se que a recomendação dada pelo CNJ abarca todas as esferas do sistema prisional, como a reavaliação das prisões preventivas e excepcionalidade dessa medida, concessão de prisão domiciliar dos presos enquadrados no grupo de risco, bem como gestantes e lactantes.

Destaca-se ainda que o MNPCT emitiu a nota técnica nº 5/2020 onde considerou que superlotação nos presídios e a falta de acesso à saúde durante a pandemia é uma condição de vulnerabilidade que desrespeita os direitos humanos e o direito a vida, apoiando assim o encarceramento como medida fundamental no combate a doença³².

Apesar do que muitos alegam, as orientações não têm o objetivo de liberar os presos do cumprimento de pena, mas sim uma maneira de preservar vidas, seja do preso que não tem condição mínimas para se proteger de maneira eficiente contra o contágio do vírus na unidade prisional, seja por aqueles com quem ele tem contato, além disso, se trata de medidas humanizadas para preservar a vida e não sobrecarregar o sistema único de saúde, afinal, nos presídios brasileiros a propagação de uma doença contagiosa chega a ser até cinco vezes maior, exemplo disso são os surtos de algumas doenças como a tuberculose, a sarna, caxumba, etc.³³

M0MWI3IiwiDCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.
Acesso em: 23/04/2021.

³¹ Sistema prisional - CNJ recomenda diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Consultor Jurídico, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/cnj-recomenda-diminuicao-fluxo-ingresso-sistema-prisional>>. Acesso em: 25/04/ 2021.

³² MNPCT - Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Nota Técnica n. 5/2020, 2020. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/03/nota-5_ppl_coronavirus_mnpct.pdf>. Acesso em: 26/04/2021.

³³ PAULUZE, Thaiza. Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quintuplo da registrada na população geral. 2020. São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos->

Assim, diante as recomendações emitidas por diversos órgãos distintos o esperado seria uma redução significativa das prisões, especialmente nas prisões provisórias³⁴.

Ocorre que, no Brasil existe uma resistência notória quanto a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão mesmo diante da situação atual, onde deveria prevalecer fielmente o que diga norma, ou seja, a prisão não deve ser banalizada e deve ser exceção sempre, sendo inaceitável que ela se torne uma cruel antecipação de pena.

A cultura enraizada de que pena eficiente é aquela que prende, onde não se enxerga que as medidas cautelares diversas da prisão têm o condão de cumprir com a mesma finalidade, que se resume em retribuição do dano causado pelo infrator, a prevenção geral, especial e a ressocialização do apenado, fez com que as recomendações emitidas por esses órgãos tivessem pouca aplicabilidade.

Diante dessa política de encarceramento em massa fica escancarado o desdém das autoridades com relação à situação dos presos brasileiros durante e a pandemia, mesmo com vários estudos alertando a necessidade de seguir as orientações dadas pela Organização Mundial da Saúde para minimizar os danos do contágio e as recomendações do CNJ para o desencarceramento, o que presenciamos foi um aumento no índice de presos, em especial os presos provisórios, assim, a excepcionalidade das prisões provisórias mais uma vez não foi observada.³⁵

É visível a política de morte abraçada pelos estados, mesmo tendo mecanismos a sua disposição para fazer com que a pena seja cumprida de forma eficiente e humanizada nesse momento caótico. Dessa forma, é visível que o Estado prefere manter pessoas presas em condições sub-humanas do que adotar as medidas

brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml?utm_source=whatsapp&origin=filha>. Acesso em: 26/04/2021.

³⁴ Sistema prisional - CNJ recomenda diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Consultor Jurídico, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/cnj-recomenda-diminuicao-fluxo-ingresso-sistema-prisional>>. Acesso em: 26/04/2021.

³⁵ Sistema prisional - CNJ recomenda diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Consultor Jurídico, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/cnj-recomenda-diminuicao-fluxo-ingresso-sistema-prisional>>. Acesso em: 26/04/2021.

indicadas e humanizadas, afinal, é mais cômodo tratar o preso como um objeto sem direitos e assim retirar o que resta da dignidade dessas pessoas.³⁶

O descaso é tão grande que a DEPEN em meados do ano passado sugeriu ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP o uso de contêineres (estrutura metálica utilizada na construção civil) para alojamento para os presos que apresentassem sintomas, dessa forma, com a utilização dessas caixas metálicas as penitenciárias conseguiriam fazer o isolamento desses detentos.³⁷

Após os debates sobre a utilização temporária de contêineres como uma espécie de ala hospitalar nos presídios brasileiros o CNPCP proibiu o uso das estruturas, visto que, a burocracia para a realização de tal feito tornava a medida inviável, além de alegar que o uso de contêineres de forma temporária poderia abrindo brechas para a utilização indevida dessas estruturas como celas comuns para amenizar as superlotações nos presídios brasileiros³⁸.

Ressalta-se que tal proibição pela CNPCP visa evitar reiteração de uso de contêineres como celas ferindo assim os direitos humanos dos detentos, dado que, em 2010 o estado do Espírito Santo foi denunciado às Organizações das Nações Unidas – ONU pela utilização dessas estruturas para o cumprimento de pena, na época dos fatos ficou comprovado que o ambiente chegava a 50 graus, literalmente os presos ficavam enlatados. Em meados de 2018 o estado do Rio Grande do Sul passou a utilizar as estruturas como celas onde a capacidade máxima era de 16 detentos, e novamente houve diversas críticas na utilização dos contêineres para manter pessoas presas, nem mesmo o animal deve ser tratado de forma tão ultrajante, quem dirá seres humanos.³⁹

³⁶ SANIELI, Bruna. Covid-19: Depen sugere contêineres para separar presos com sintomas. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-depen-sugere-containers-para-separar-presos-com-sintomas>>. Acesso em: 26/04/2021.

³⁷ SANIELI, Bruna. Covid-19: Depen sugere contêineres para separar presos com sintomas. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-depen-sugere-containers-para-separar-presos-com-sintomas>>. Acesso em: 26/04/2021.

³⁸ Mídia ninja. ‘É desprezível e chocante!’, organizações repudiam uso de containers para presos com sintomas de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://midianinja.org/news/e-despreziva-e-chocante-organizacoes-repudiam-uso-de-containers-para-presos-com-sintomas-de-coronavirus/>>. Acesso em: 26/04/2021.

³⁹ Mídia ninja. ‘É desprezível e chocante!’, organizações repudiam uso de containers para presos com sintomas de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://midianinja.org/news/e-despreziva-e-chocante-organizacoes-repudiam-uso-de-containers-para-presos-com-sintomas-de-coronavirus/>>.

Apesar da proibição do uso de contêineres outras medidas prejudiciais aos direitos dos detentos foram incorporadas no sistema prisional, um exemplo dis so é a suspensão do benefício de trabalho externo dos detentos que se encontram no regime semiaberto. A suspensão foi baseada no isolamento das pessoas como medidas de segurança adotada pelo Estado, dito isso, seria ilógico colocar o preso para trabalhar nesse momento. O tema foi levado para o Superior Tribunal de Justiça onde a oitava turma decidiu que tal suspensão não configura em constrangimento ilegal, visto que, o interesse do Estado em resguardar a vida é medida que se impõe.⁴⁰

O tema não é pacífico no tribunal, visto que, existem entendimentos contrários em outras turmas, onde o entendimento é que as suspensões dos benefícios são ilegais, dado que, a suspensão só pode ocorrer nos casos que o detento comete falta grave, ou seja, a suspensão do benéfico é forma de penalizar o infrator. Assim, a suspensão somente se justifica diante da falta grave, afinal, tal medida interfere na ressocialização e a profissionalização do apenado, além de implicar diretamente não direito de remissão da pena, onde a cada 3 (três) dias de trabalho o apenado remi 1 (um) dia de pena⁴¹.

Outro ponto que cabe destacar é a suspensão das saídas temporárias, diversos estados adotaram essa medida securitárias para amenizar o contágio nas unidades, visto que, ao sair da unidade prisional com o seu retorno o apenado poderia disseminar a doença na volta no complexo prisional, isso porque os presídios brasileiros não possuem estruturas para deixarem de quarentena esses presos que retornam das saídas temporárias, portanto, diante disso a melhor alternativa é a suspender esse benefício.

Por fim e não menos importante os presídios suspenderam as visitas presenciais de familiares e advogados, migrando para as visitas virtuais que em

organizacoes-repudiam-uso-de-containers-para-presos-com-sintomas-de-coronavirus/>. Acesso em: 26/04/2021.

⁴⁰ CUNHA, Rogério Sanches. A (i)legalidade da suspensão temporária do trabalho externo em razão da pandemia de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/673-ilegalidade-da-suspensao-temporaria-trabalho-externo-em-razao-da-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 26/04/2021.

⁴¹ CUNHA, Rogério Sanches. A (i)legalidade da suspensão temporária do trabalho externo em razão da pandemia de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/673-ilegalidade-da-suspensao-temporaria-trabalho-externo-em-razao-da-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 26/04/2021.

grande parte dos casos não ocorrem como o esperado. Apesar das unidades disponibilizarem visitas virtuais é inegável que muitas unidades prisionais não possuem estrutura para atender as demandas, se naturalmente falta o básico, como água e material de higiene nos presídios, quem dirá equipamentos tecnológicos para a realização nessa categoria de atendimento.

Assim, o preso perde o contato com a sua família, ficando muitas vezes sem notícias dos seus entes e quando tem a possibilidade da visita virtual elas são reduzidas em poucos minutos e quase nenhuma intimidade, além disso, o mesmo ocorre com os atendimentos prestados pelos advogados que não consegue atender seus clientes de forma confortável e segura, visto que, essas visitas são monitoradas e os detentos não sentem confortáveis em expor certas situações.

As visitas dos familiares ao reeducando é de extrema importância para o processo de ressocialização e assegura a dignidade a essas pessoas, claro que o direito as visitas não é direito absoluto e podem no decorrer da execução sofrer restrições, mas o que está ocorrendo é a restrição desse direito por culpa exclusiva do Estado que não consegue gerir seus presídios para cumprir o que a lei dispõe.

Entende-se que as medidas visam amenizar o contágio da doença nas unidades prisionais, porém, não podemos esquecer que para tanto se sacrifica os direitos que dão folego aos reeducandos para passar por esse período, isso tudo porque é mais fácil retirar tudo o que é importante na vida dessas pessoas do que adotar políticas criminais que surtam efeitos na situação deplorável que os presídios brasileiros se encontram.

4 CONCLUSÃO

Estamos vivendo um momento atípico que nos deixa a flor da pele, afinal carregados diversas ansiedades e medos no meio desse caos, o fato de termos que nos isolar de tudo e de todos nos deixa em uma situação estressante e que tudo se torne mais difícil. Vida social abalada, economia ruindo, um governo incompetente no enfrentamento da doença onde milhares de vidas foram perdidas e para alguns sem o pior está por vir.

Indiscutível que nesse momento o mais importante é preservar vidas, afinal, toda vida importa inclusive as vidas que se encontram presas em um sistema prisional falido e esquecido pelo Estado, onde se quer, existem condições mínimas de higiene e saúde, ferindo de morte a dignidade da pessoa humana.

A superlotação dos presídios não é novidade para ninguém, mas fica mais evidente gerando uma preocupação maior diante do estado de calamidade que estamos vivendo, pensando nisso, medidas estão sendo tomadas para o enfrentamento do contágio nas unidades prisionais, visto que, a transmissibilidade do vírus é maior entre os reeducandos que não conseguem seguir as medidas securitárias, como o distanciamento social e a higienização própria e do ambiente em que se encontra, dado que em algumas unidades se quer tem água para lavar as mãos. Tais condições geram perigo não só para os detentos, mas também para os servidores e familiares quem venha a ter contato com eles.

Dessa forma, a solução encontrada pelo Estado como resposta de que está sendo eficiente no combate ao vírus nas unidades de detenção foi restringir direitos básicos dos presos, claro que todos nós estamos fazendo sacrifícios para preservar a vida, seja a nossa ou de quem amamos, nada mais justo que o Estado faça o mesmo por aqueles que careçam de sua atuação eficiente nesse momento tão difícil.

As condições dos presídios brasileiros são discutidas a muitos anos, porém, sem nenhuma atuação prática por parte do Estado, cada dia mais, pessoas estão sendo presas enquanto não se tem estrutura mínima para manutenção dessas pessoas. Nos deparamos diariamente comunidades lotadas onde presos não possuem lugar para dormir, não possuem alimentação digna, muito menos condições de higiene, problemas esses que podem ser resolvidos através de políticas criminais, mas a quem interessa tratar essas pessoas como seres humanos detentoras de direitos?

A punição pela prática de um ilícito deve ser feita, isso é indiscutível, contudo, é dever do Estado oferecer condições mínimas para que essa punição seja justa, igualitária e acima de tudo humana, infelizmente o que presenciamos dia após dia é um sistema seletivo, onde se encarcera a classe mais pobre retirando-lhe sua dignidade, enquanto a elite que comete delitos é tratada como sujeitos de direito.

Dessa forma, é inegável que as prisões no Brasil viraram uma lastimável contenção de corpos negros e pobres e diante disso é claro que as condições que já eram precárias ficam ainda pior quando nos deparamos com esse cenário pandêmico. As orientações do Conselho Nacional de Justiça referente as medidas de enfrentamento da Covid-19 evidência a necessidade de mudanças no sistema prisional.

É necessário parar com a política do encarceramento e passar a utilizar medidas alternativas para punir, principalmente nesse momento, é inaceitável o Estado vender os olhos para a situação deplorável dos reeducando e como se não bastasse isso retirar direitos que interferem em sua ressocialização.

REFERÊNCIAS

Brasil: Recomendação nº 62, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26/04/2021.

Brasil. Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26/04/2021.

Brasil. Portaria Conjunta nº 19/PR – TJMG/2020, 16 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-conjunta-19pr-tjmg2020.pdf>>. Acesso em: 26/04/2021.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 26/04/2021.

COMBATE AO CORONA VÍRUS - STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. Consultor Jurídico, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/stf-derruba-conclamacao-juizes-analisem-condicional-presos>>. Acesso em: 26/04/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. A (i)legalidade da suspensão temporária do trabalho externo em razão da pandemia de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editoraiuspodivm.com.br/2020/07/11/673-ilegalidade-da-suspensao-temporaria-trabalho-externo-em-razao-da-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 26/04/2021.

Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – dezembro de 2019**. Brasil. P. 3 – 13. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQ0NmJi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 26/04/2021.

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Organização Pari-Americana da Saúde – OPAS Brasil. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 26/04/2021.

FREITAS, Rafael Almeida de. **Audiência de custódia: um avanço para a diminuição de presos provisórios no Brasil?** Artigos Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71990/audiencia-de-custodia-um-avanco-para-a-diminuicao-de-presos-provisorios-no-brasil>>. Acesso em: 26/04/2021.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. 5º ed. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2017. P. 175-176. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788547218263/cfi/173!/4/4@0.00:55.4>>. Acesso em: 26/04/2021.

MALULY, Jorde Assaf. Lei 11.343/06. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal – CONAMP. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html#:~:text=Como%20se%20v%C3%AA%2C%20a%20parte,a%20programa%20ou%20curso%20educativo>>. Acesso em: 26/04/2021.

MELLO, Dayane Rodrigues Gonçalves de; BORGES, Michelle da Silva; ROSA, Aline Hubaide. **Aumento do desemprego e crescimento dos crimes de furto na AISP 26: análise de interferência entre variáveis**. Disponível em: <<file:///Users/apple/Downloads/328-Texto%20do%20artigo-1274-1-10-20180803.pdf>>. Acesso em: 26/04/2021.

Mídia ninja. ‘É desprezível e chocante!’, organizações repudiam uso de containers para presos com sintomas de coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://midianinja.org/news/e-despreziva-e-chocante-organizacoes-repudiam-uso-de-containers-para-presos-com-sintomas-de-coronavirus/>>. Acesso em: 26/04/2021.

MNPCT - Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. **Nota Técnica n. 5/2020**. 2020. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/03/nota-5_ppl_coronavirus_mnpct.pdf>. Acesso em: 26/04/2021.

PAULUZE, Thaiza. **Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quíntuplo da registrada na população geral**. 2020. São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml?utm_source=whatsapp&origin=folha>. Acesso em: 26/04/2021.

SANIELI, Bruna. Covid-19: **Depen sugere contêineres para separar presos com sintomas. Brasília, 2020**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-depen-sugere-containeres-para-separar-presos-com-sintomas>>. Acesso em: 26/04/2021.

SCHREIBER, Simone. **Prisões Cautelares? O que há de novo? Justificando – mentes inquietas pensam direito**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/05/15/priso-es-cautelares-o-que-ha-de-novo/>>. Acesso em: 26/04/2021.

Sistema prisional - CNJ recomenda diminuição do fluxo de ingresso no sistema prisional. Consultor Jurídico, 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/cni-recomenda-diminuicao-fluxo-ingresso-sistema-prisional>>. Acesso em: 26/04/2021.

O POSICIONAMENTO POLÍTICO EMPRESARIAL COMO MEIO DE PROTEÇÃO À DEMOCRACIA

Felipe Alvarenga Neves¹

RESUMO

O mercado atual é dominado por grandes conglomerados empresariais que exercem considerável influência na sociedade e no próprio mercado. O advento das redes sociais colaborou para a polarização política da sociedade, em razão da formação de “bolhas de opinião”. A polarização política exacerbada pode representar um risco à democracia e às instituições democráticas. Nesse cenário, o presente artigo analisou se devemos empresas, sobretudo aquelas de grande porte, se posicionarem politicamente e se isso seria benéfico às atividades econômicas exercidas.

Palavras-chave: empresas; redes sociais; polarização política.

ABSTRACT

The current market is dominated by large business conglomerates that have considerable influence on society and the market itself. The advent of social networks contributed to the political polarization of society, due to the formation of “opinion bubbles”. Exacerbated political polarization can pose a risk to democracy and democratic institutions. In this scenario, this paper examined whether should businesses, especially large ones, to position themselves politically and if it would be beneficial to the exercised economic activities.

Keywords: companies; social networks; political polarization.

1 INTRODUÇÃO

As empresas passaram por grandes transformações ao longo dos anos. Inicialmente, eram representadas especialmente pela figura de seus sócios, contudo, dada à complexidade do mercado e da sociedade atual, passaram a adquirir

¹ Mestre em Relações Internacionais e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado no escritório Caputo, Bastos e Serra Advogados. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: nevesf@gmail.com.

configurações complexas. Atualmente, o mercado é dominado por grandes conglomerados empresariais que exercem considerável influência na sociedade e no próprio mercado.

Concomitantemente ao desenvolvimento do direito comercial, a sociedade também passou por importantes mudanças nas últimas décadas, impulsionadas principalmente pela revolução tecnológica que quebrou barreiras físicas para a comunicação, possibilitando a troca de informações em tempo real entre indivíduos situados em qualquer lugar do mundo. O advento das redes sociais, por seu turno, representou uma mudança na forma de utilização da internet, concentrando e condensando o uso do ambiente online em plataformas específicas, que funcionam por meio de algoritmos que identificam as “preferências” de cada usuário com base no seu uso e passam a apresentar conteúdo que possam ser relevantes para o internauta.

As redes sociais, contudo, incentivaram um movimento de formação de “bolhas de opinião” que culminou em um processo de polarização política da sociedade, que se encontra cotidianamente em discussão sobre eventos sociais, políticos e econômicos na internet. Assim, a internet que, *a priori*, era um espaço livre e democrático para a livre circulação de ideias, acabou se tornando uma ferramenta perigosa, dado ao risco da polarização política para as instituições democráticas.

Nesse contexto conectado, politizado e polarizado e considerando-se a influência que as grandes empresas exercem na sociedade, o presente artigo busca desvendar se devem as empresas, sobretudo aquelas de grande porte, se posicionarem politicamente e se isso seria benéfico às atividades econômicas exercidas.

Para responder o problema proposto, o artigo trata, inicialmente, de forma breve, sobre o processo de evolução do direito comercial brasileiro e a influência das grandes empresas na sociedade. Em seguida, traça-se um panorama sobre o advento das redes sociais, como elas incentivaram a polarização política e como essa polarização pode representar um risco à democracia. Na parte final, discute-se sobre

a controvérsia existente quanto ao posicionamento político das empresas, avaliando se dito posicionamento pode ser benéfico ou maléfico para os negócios empresariais.

Busca-se, assim, contribuir para as discussões a respeito do direito comercial e sua relação com a política, bem como para estudos a respeito da polarização política e seus riscos à democracia, que ganharam força especialmente após o advento das redes sociais.

Apresentas as premissas do presente artigo, passa-se a abordar o histórico de evolução do direito comercial no Brasil.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DAS GRANDES EMPRESAS NA SOCIEDADE

Não há dúvidas quanto à importância das empresas para a sociedade. As empresas geram empregos, auxiliam na circulação de riquezas, propiciam o desenvolvimento social e econômico, proporcionam serviços e produtos voltados à melhoria da qualidade de vida das pessoas, incentivam o desenvolvimento tecnológico e estão intrinsecamente inseridas no meio social sendo praticamente impossível pensar em uma sociedade sem empresas.

No direito comercial, contudo, foram necessários anos de estudos das práticas mercantis para que se alcançasse o entendimento que hoje se tem em relação às chamadas empresas. Inicialmente, o direito comercial se ocupava de estudar os atos de comércio. A atividade de intermediação era o foco principal do direito comercial, compreendendo-se a empresa apenas como um ente estruturador dos fatores de produção.

Num segundo momento, sobrevém a ideia da empresa em si como objeto de estudo do direito comercial, especialmente após o *Codice Civile* italiano de 1942. Contudo, estranhamente à noção eminentemente privada que as empresas carregam hoje em dia, a teoria da empresa advinda do direito italiano possuía destacado caráter público, pois decorre do período italiano fascista e, por isso, a empresa era vista como um instrumento de controle da economia pelo Estado. A esse respeito, Paula Forgioni destaca:

A empresa é vista como arena de encontro de interesses que devem ser harmonizados conforme a ordem pública. Ao discipliná-lo, o Estado intervém na relação entre sócios e empregados, decidindo quem será tutelado. Externamente, a atividade da empresa também é condicionada pelos ditames do corporativismo, devendo servir à nação.²

Superado o período fascista italiano, a doutrina esforçou-se para neutralizar o conceito de empresa, momento em que surge a ideia de empresa como instituição, movimento também presenciado no Brasil. Vale notar que o atual Código Civil brasileiro foi pensado ao longo dos anos em que os militares estiveram no poder, tendo sido, por isso, incentivado por uma política intervencionista, o que também se nota na Lei das Sociedades Anônimas, “que tomam a empresa como instituição, sobrepondo os interesses da nação àqueles dos acionista”³.

O liberalismo econômico, por sua vez, afasta o conceito de empresa das ideologias iniciais e do corporativismo e ressalta o vínculo existente entre empresa e liberdade de empresa. São, então, calcados os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, de modo que, na Europa, em razão dos tratados comerciais celebrados em meados dos anos 1950 e 1960, a empresa deixa de ser compreendida como instrumento de intervenção estatal para ser uma peça-chave da economia de mercado⁴.

Nesse contexto, Paulo Forgioni anota que “a construção jurídica da empresa no âmbito europeu é informada, sobretudo, por *critérios políticos*” que decorrem “da utilização do conceito de empresa para dar concreção às liberdades econômicas necessárias ao livre mercado”⁵. Tal delineamento político marca definitivamente o perfil da empresa.

Em que pese a sua notável importância ao mercado e à sociedade, não há como se considerar a empresa como um sujeito de direito ou objeto de direito. Classifica-se a empresa como *fato jurídico* em sentido amplo, eis que, “entendida

² FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 68.

³ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 80.

⁴ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 87.

como a atividade econômica organizada, não se confunde nem com o sujeito exercente da atividade, nem como complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade”⁶. Logo, a empresa não é o mesmo que empresário ou estabelecimento, podendo ser definida como “a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”⁷.

Alcançado o entendimento de empresa, cabe destacar que, no Código Comercial de 1850, as sociedades, exceto as anônimas, possuíam marcada característica pessoal e contratual, de modo que “a sociedade era ‘propriedade’ daqueles que dela participavam, sem que fossem impostas muitas limitações ao seu livre poder de disposição”⁸.

Esse caráter essencialmente pessoal das empresas, no entanto, foi aos poucos perdendo espaço à noção da empresa como ente gerador de riquezas. Forgioni atribui a essa mudança a três movimentos jurisprudenciais: (i) construção do instituto da dissolução societária parcial; (ii) delineamento das hipóteses de exclusão de sócios; e (iii) preservação do ente produtivo que se encontra em dificuldades econômicas⁹.

Percebe-se que os três movimentos visam privilegiar os amplos benefícios que as empresas proporcionam à sociedade em detrimento ao interesse individual dos sócios ou acionistas – o que resultou no reconhecimento da *função social* da empresa. A esse respeito, Forgioni leciona:

Para logo se vê que o princípio da função social da empresa firma-se em movimento de evolução de nosso direito comercial, que vai tomando corpo pela consistente e paulatina ação dos tribunais nacionais. A empresa é considerada ente gerador de riquezas e fator de progresso social, e não mera propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores.

Dessa forma, entre nós, principalmente por força do trabalho jurisprudencial, a visão da empresa completa-se com o reconhecimento de sua função social, ou seja, como ente

⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 68.

⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 65.

⁸ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 90

⁹ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

gerador de riquezas e de empregos, cuja preservação deve ser buscada.¹⁰

Em que pese à nítida função social da empresa que permitiu à doutrina e à jurisprudência alcançar a concepção de que as empresas devem ser preservadas, estudiosos do direito comercial, nas últimas décadas, perceberam que a análise estrita da empresa – ou seja, da atividade econômica organizada para a produção de produtos ou prestação de serviços – não era suficiente para compreender as práticas mercantis.

O ponto focal do direito comercial deixa, então, de ser a empresa em sua forma estática, para dar lugar à análise das interações feitas pelas empresas no ambiente onde estão inseridas, de modo que a “compreensão da empresa é útil à identificação dos entes cuja organização e interação no mercado integram o objeto de estudo do direito comercial”, sendo ela “enxergada como uma *instituição social*”¹¹.

Em outras palavras, o mercado passou a ser o foco central do direito comercial, tendo em vista relevância das interações entre as empresas para a sociedade e para o estudo do direito comercial. Afinal, são as próprias interações empresariais que propriamente formam o mercado, juntamente com os trabalhadores e consumidores, cada qual com sua relevância para o todo.

No mercado brasileiro, as empresas são, em sua maioria, instituídas por meio de dois tipos societários diferentes: a sociedade limitada e a sociedade anônima, ou por ações. A primeira se trata de uma sociedade personificada que limita a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da empresa à proporção de suas participações no capital social. A segunda, por sua vez, tem natureza de sociedade de capitais, por seu capital social ser dividido em ações, que podem ter múltiplos donos, cuja responsabilidade também será limitada, além disso a atividade exercida será sempre empresarial (ou mercantil)¹². Ambas são de extrema relevância para o direito comercial/empresarial nacional, tendo em vista que foram criadas como objetivo de

¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 98.

¹¹ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 124.

¹² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 65.

diminuir os riscos do negócio para aqueles que se arriscam a exercer uma atividade econômica.

Nesse contexto, seria razoável presumir que sempre se tivesse uma empresa constituída na forma de uma sociedade limitada seria possível a fácil identificação dos sócios e, por consequência, das pessoas por trás daquele negócio, o que, por outro lado, não seria tão simples em relação às sociedades anônimas, tendo em vista seu caráter de sociedade de capitais, e não de pessoas. Todavia, devido ao grau de complexidade dos negócios no mundo atual, à globalização da economia e à evolução do sistema capitalista, as próprias empresas passaram a constituir novas empresas ou, até mesmo, a comprar participações societárias ou acionárias de outras empresas como meio de alcançar seus objetivos comerciais e/ou de ter maior atuação no mercado.

Tornou-se, assim, comum que empresas criassem outras empresas ou passassem a ser sócias ou acionistas de outras empresas, o que levou ao surgimento de macroempresas ou de grupos empresariais formados por diversas sociedades voltadas à realização de atividades econômicas integradas, normalmente relacionadas a um determinado setor econômico. Trata-se de estratégia para expansão dos negócios empresariais e ampliação de sua participação no mercado, porém utilizando-se da limitação de riscos que os dois tipos societários mais comuns proporcionam. Tal movimentação, por sua vez, é identificada nos processos de concentração empresarial.

Os movimentos de concentração empresarial fazem com que o grau de pulverização empresarial diminua e colaboram para que o número de macroempresas em importantes setores da economia nacional cresça. No Brasil, verifica-se tais movimentos especialmente nos setores da construção civil, transporte aéreo, bancário e grande varejo¹³.

Sob o aspecto jurídico do referido fenômeno de concentração empresarial, Forgioni esclarece que:

¹³ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

os processos de concentração econômica vêm à luz mediante operações como fusões, aquisições de participações acionárias relevantes, incorporações, compra de ativos, constituição de sociedade em comum etc., e podem apresentar por resultado a constituição de *grupo societário*, no qual a atividade econômica é desenvolvida por várias sociedades, que, direta ou indiretamente, possuem acionistas comuns, imprimindo-se uma “direction économique unitaire”, no dizer de Champaud. Cria-se imbricamento de participações visando a garantir melhor desempenho do grupo.

Verifica-se, assim, um processo de verticalização dos grupos empresariais, por meio da criação de várias sociedades distintas, porém destinadas ao exercício de atividades econômicas comuns, relacionadas e/ou complementares.

Todavia, a partir de meados dos anos 90, em razão do crescimento da estratégia de terceirização de determinadas atividades e da intensificação do processo de globalização, juntamente com o aumento no número de empresas especializadas a prestarem serviços acessórios às atividades-fim das grandes empresas (i.e. telemarketing, cobrança, gestão de dados, entre outros), fez-se com que os grupos empresariais passassem a se “desverticalizar”, “ou seja, as empresas não mais detêm o controle societário de fornecedores, mas com eles celebram contratos estáveis, de longa duração”¹⁴.

Como se sabe, o principal objetivo de qualquer empresa é lucrar, afinal se institui o negócio como intuito de acumular riquezas e prosperar economicamente mediante o exercício de determinada atividade. Em vista disso, a partir do momento que, para uma empresa, não se mostra mais vantajoso, do ponto de vista econômico, exercer determinada atividade por meio de seus recursos internos, mas sim mediante a contratação de outra empresa para realizar tal serviço, ela racionalmente assim o fará, desde que devidamente analisados os riscos da contratação.

Tal fenômeno de desverticalização pode ser apontado como resultado da globalização econômica e da revolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas. A globalização proporcionou um crescimento vertiginoso do mercado global, de modo que, dada a facilidade de acesso e comunicação proporcionada pela internet, produtos e serviços que antes eram exclusivos de determinado local ou região do

¹⁴ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 163.

planeta, passaram a ser ofertados em boa parte do mundo, quebrando-se barreiras geográficas e fortalecendo a influência das macroempresas no cenário comercial global. Os custos de transação para a disponibilização desses produtos e serviços no mercado de forma global são, contudo, elevados, o que tem motivado as empresas a celebrarem os chamados contratos de colaboração empresarial.

Os contratos de colaboração nascem como uma forma de se evitar “os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos)”¹⁵.

Percebe-se, assim, que o mercado atual é consideravelmente formado por grandes conglomerados empresariais que dominam determinados setores econômicos e que exercem considerável influência sobre o mercado e a sociedade de forma geral e, por vezes, global. A existência de tais conglomerados, contudo, não necessariamente pressupõem que todas as empresas envolvidas estejam ligadas por laços societários, dada à ampla utilização de contratos de colaboração para a concretização das atividades desempenhadas por cada grupo.

Verifica-se também que o mercado atual é altamente despersonalizado, pois identificar quem são as pessoas “donas” de determinada empresa atuante no mercado não se revela uma tarefa de fácil assimilação como ocorria antigamente quando as atividades econômicas eram tocadas principalmente de forma pessoal pelos próprios “donos do negócio”.

Assim, dada à despersonalização e à amplitude dos negócios realizados pelas grandes empresas, nota-se uma significativa influência dessas macroempresas no mercado e na própria sociedade, sobretudo pela constante interação que essas empresas mantêm com diversos setores econômicos que envolvem desde microempresas a outras empresas de grande porte. Independentemente de como essas interações ocorrem, se por laços societários, parcerias ou contratos de colaboração empresarial, certo é que elas fortalecem a atuação e influência que as

¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 164.

grandes empresas possuem na sociedade, dada à intensa interação mantida com diversos indivíduos e instituições.

Nesse contexto empresarial despersonalizado, colaborativo e global, tem-se como relevante questão a forma de posicionamento e apresentação da empresa ao público, sobretudo no contexto social altamente tecnológico, conectado, politizado e polarizado vivenciado atualmente – aspecto a ser tratado na sequência.

3 O ADVENTO DAS REDES SOCIAIS, A POLARIZAÇÃO POLÍTICA E O RISCO À DEMOCRACIA

O contexto social vivenciado hoje em dia é altamente conectado. A internet é, sem dúvidas, o principal meio de comunicação utilizado no mundo atualmente, tendo tomado o lugar de inúmeros meios de comunicação tradicionais. Com o advento da internet, tornou-se possível que pessoas se comuniquem e compartilhem conteúdos independentemente do lugar onde estejam, bastando, para tanto, que tenham em mãos um aparelho celular, um *tablet* ou um computador conectado à rede mundial de computadores. Trata-se de um ambiente virtual de ampla comunicação, em que os principais domínios são de acesso livre por qualquer usuário que esteja *online*.

A princípio, o ambiente virtual foi visto como um espaço de ampla liberdade, especialmente na década de 1990, quando praticamente não havia qualquer regulação do uso da internet por meio das ferramentas jurídicas e legais tradicionais. O repentino e acentuado crescimento da internet fez com que ela fosse, em 1995, considerada o meio mais livre, democrático e pluralista para a circulação de ideias e informações. Todavia, pouco anos depois, o símbolo de liberdade deu lugar a uma visão oposta, passando a internet a ser compreendida como um ambiente anárquico¹⁶.

O entendimento da internet como um ambiente anárquico, no entanto, se devia ao fato de que a utilização massiva da internet não era concentrada em plataformas específicas como é hoje. A internet era utilizada de forma mais difusa, de modo que, inobstante a seu papel facilitador da comunicação e seu baixo custo, as

¹⁶ LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 32.

comunicações ocorriam por meio de diferentes ambientes, com diversidade de pseudônimos e temáticas e normalmente alcançavam apenas as pessoas que buscassem por aquele tipo de informação. Apesar da aparente anarquia na forma de utilização do ambiente virtual, hoje nota-se que essa antiga configuração anárquica da internet contribuía para dificultar a construção de polarizações visíveis e massivas, como vem ocorrendo atualmente¹⁷.

A explosão no número de usuários de internet, facilitada pela popularização e barateamento de *smartphones*, e a impactante chegada das redes sociais foram responsáveis por uma modificação severa no modo de uso da internet. Antes, tinha-se um espaço de conexões abertas e difusas. Hoje, verifica-se um espaço de utilização condensada e reduzida em plataformas que concentram boa parte do tráfego *online* – as redes sociais.

Segundo Patrícia Pavesi e Júlio Valentim, com base no relatório *Digital in 2019*, da organização estadunidense *We Are Social*, “66% da população brasileira é usuária das redes sociais. Em ordem decrescente, os sites mais acessados na ocasião eram: YouTube (95%), Facebook (90%), WhatsApp (89%), Instagram (71%)”¹⁸.

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2019, a internet chegava 82,7% dos domicílios brasileiros, a maior parte deles concentrada na região urbana dos grandes centros metropolitanos do país. Dentre os motivos pelos quais não havia acesso à internet nas demais residências, destacam-se a falta de interesse de acessar a internet, o preço de acesso ao serviço e a ausência de morador que soubesse utilizá-la. O celular é o equipamento mais usado para acessar a internet, sendo utilizado por 98,6% daqueles que afirmaram ter acesso à internet, ficando o computador em segundo lugar. Além disso, 95,7% dos usuários afirmaram utilizar a internet para o envio ou recebimento de mensagens de texto, voz ou

¹⁷ MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho À Cruzada Moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 945-970, 2019. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752019v9310>>. Acesso em: 29/04/2021.

¹⁸ PAVESI, Patrícia P.; VALENTIM, Julio. Emoção e Polarização nas e pelas Redes Digitais: a gestão de repertórios afetivos por públicos em rede. *Sinais*, Vitória, v. 23, n. 2. P. 99-127, 2012. P. 100.

imagens por aplicativos, e não por e-mail, sendo essa a principal finalidade do uso do ambiente virtual¹⁹.

Como se vê, a grande maioria da população brasileira atualmente tem acesso à internet por meio de *smartphones*, com a finalidade de se comunicar por meio de aplicativos, normalmente nas plataformas conhecidas como redes sociais.

As redes sociais são ambientes virtuais voltados para a comunicação e são utilizadas tanto por pessoas, empresas e instituições que criam perfis particulares, onde é possível a publicação de conteúdos em diversos formatos tanto nos próprios perfis pessoais, como em murais e postagens públicas, grupos de temáticas específicas ou em conversas privadas. Tais ambientes são organizados por meios de algoritmos que, conforme o usuário utiliza a plataforma, identificam as “preferências” pessoais de conteúdo, mediante análise dos dados gerados com a utilização do espaço. Assim, as redes sociais guiam os usuários por meio da exposição de determinados conteúdos, que não necessariamente são expostos a todos os usuários, o que acaba induzindo os usuários a se manifestarem sobre determinados temas.

Nesse contexto, a internet passa a adquirir uma característica mais comercial, eis que as grandes empresas de tecnologia passaram a ter valiosos dados a respeito dos comportamentos, das experiências e das preferências dos usuários na internet, o que, por consequência, acabou atraindo a atenção das empresas dos demais setores econômicos, que passaram a buscar a interação tanto com o seu público nessas plataformas como com as próprias empresas de tecnologia.

A respeito dessa modificação na forma de utilização da internet nos últimos anos, Jorge Machado e Richard Miskolci explicam que:

A rede, portanto, deixou de ser a aparente janela para o mundo que conheceram seus primeiros (e privilegiados) usuários das classes-médias profissionais do Ocidente para se tornar predominantemente um ambiente comercial, controlado e vigiado por corporações. Assim, chegamos a um contexto em que um punhado de plataformas como Facebook, YouTube, Instagram, Twitter e Google promovem uma sociabilidade

¹⁹ BRASIL. IBGE EDUCA. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 29/04/ 2021.

induzida por algoritmos que visam reter o máximo da atenção diária de usuários em todo mundo. A chamada Web 2.0 – comercialmente anunciada como uma *web* mais interativa e social – acentuou gradualmente o lado mais comercial da rede a partir da segunda metade da década de 2000 em um processo de convergência com a grande indústria do entretenimento. Controlada por corporações do Vale do Silício, sua hegemonia é indissociável da quase ubiquidade dos serviços comerciais de rede social, dos quais o Facebook é o mais popular e poderoso.²⁰

Com a utilização da internet concentrada principalmente nas redes sociais que guiam e expõem seus usuários a conteúdos que aparentam ser de seu interesse, não é difícil de imaginar o surgimento de movimentos resultantes do uso político das redes sociais. Tal fato se deve, em certa medida à facilidade de compartilhamento de conteúdo, à popularidade de determinados perfis na internet e ao poder dos algoritmos para atrair a atenção e conseguir apoio às causas, induzindo a discussão e ação política. Eventos como a Primavera Árabe, em 2010, Occupy Wall Street e Indignados, ambos em 2011, são alguns exemplos notáveis do uso político dessas plataformas logo nos primeiros anos de sua utilização.

Apesar do inegável e, até certo ponto, benéfico incentivo proporcionado pelas redes sociais à participação popular em determinadas discussões políticas e sociais, esse poder de mobilização das plataformas pode ser perigoso, por criar “bolhas de opinião” que reforçam as convicções daqueles que nelas estão inseridos e aumentam a intolerância com aqueles que estão de fora, bem como por proporcionar a propagação de *fake news*, um dos problemas mais sérios relacionados à (des)informação na sociedade atual.

Sobre o poder de mobilização das redes sociais e os riscos dele advindos, Jorge Machado e Richard Miskolci esclarecem o seguinte:

Hoje poucos questionam o poder de mobilização das redes sociais, mobilização compreendida no sentido de que efetivamente quem usa uma plataforma de socialização tende a se sensibilizar por causas de algum tipo a ponto de compartilhar conteúdos sobre elas e até sair às ruas em protesto. Tais causas podem ser coletivas, como a luta contra a

²⁰ MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho À Cruzada Moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 952, 2019. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752019v9310>>. Acesso em: 29/04/2021.

corrupção, mas nas redes elas tendem a serem lidas em chave personalística. Isso deu margem para o sensacionalismo e a emergência das *fake news* como estratégia de formação de opinião e mobilização. As plataformas tendem a incentivar um tipo de associação política que frequentemente induz à vigilância alheia criando ondas de denúncias, perseguições e até linchamentos *online*. Sobretudo, uma ação coletiva fundada em valores individualistas e sob uma perspectiva privatizada da política que tende a colocar instituições sob suspeita e, eventualmente, voltar-se contra elas.²¹

Como resultado desse significativo poder de mobilização, verifica-se que as interações ocorridas nas plataformas digitais são “geralmente marcadas por agências com densa carga emocional e, dentre outras coisas, podem tender à polarização, sobretudo diante de eventos significativos”²², como ocorre especialmente com os eventos políticos, tanto a nível local, regional e global.

Todavia, embora alguma polarização seja saudável, e até mesmo necessária, para o bom desenvolvimento da democracia, a polarização exacerbada, conduzida pela ação coletiva baseada em valores individualistas, pode representar um risco às normas e instituições democráticas.

No tocante aos riscos à democracia decorrentes do discurso polarizado, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, em seu livro “Como as democracias morrem”, discorrem:

A polarização pode destruir as normas democráticas. Quando diferenças socioeconômicas, raciais e religiosas dão lugar a sectarismo extremo, situação em que as sociedades se dividem em campos políticos cujas visões de mundo são não apenas diferentes, mas mutuamente excludentes, torna-se difícil sustentar a tolerância. Alguma polarização é saudável – até necessária – para a democracia. E, com efeito, a experiência histórica de democracias na Europa ocidental mostra que normas podem ser sustentadas mesmo em lugares onde os partidos estão separados por consideráveis diferenças ideológicas. No entanto, quando as sociedades se dividem tão profundamente que seus partidos se vinculam a visões de mundo incompatíveis, e sobretudo quando seus membros são tão segregados que raramente interagem, as rivalidades

²¹ MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho À Cruzada Moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 945-970, 2019. FapUNIFESP (SciELO). P. 954. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752019v9310>>. Acesso em: 29/04/2021.

²² PAVESI, Patrícia P.; VALENTIM, Julio. Emoção e Polarização nas e pelas Redes Digitais: a gestão de repertórios afetivos por públicos em rede. *Sinais*, Vitória, v. 23, n. 2, p. 99-127, 2012. P. 107.

partidárias estáveis dão lugar a percepções de ameaça mútua. À medida que desaparece a tolerância, os políticos se veem cada vez mais tentados a abandonar a reserva institucional e tentar vencer a qualquer custo. Isso pode estimular a ascensão de grupos antissistema com rejeição total às regras democráticas. Quando isso acontece, a democracia está em apuros.²³

Dessa forma, percebe-se que a polarização política exacerbada nas redes sociais não é enxergada como algo positivo para a estabilidade política e social de um país, pois favorece o surgimento de sentimentos de intolerância ao pensamento diverso e de desconfiança em relação ao adequado funcionamento de instituições essenciais para a manutenção do estado democrático de direito.

No Brasil, as chamadas Jornadas de Junho de 2013 representam um marco na vida social e política brasileira que foi impulsionado fortemente pela mobilização na internet. De forma bastante sintética, as jornadas iniciaram com manifestações contra o aumento do bilhete de ônibus na cidade de São Paulo, mobilizadas inicialmente por grupos de esquerda, e serviram de incentivo para a mobilização política a nível nacional. Como resultado, tem-se o surgimento de manifestações e protestos com discurso alegadamente “apartidário”, o que atraiu muitos jovens e pessoas descontentes com os anos de governo do Partido dos Trabalhadores e, por consequência, fortaleceu os movimentos de direita que apoiaram o impeachment da então presidente Dilma Rousseff alguns anos depois²⁴.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, por sua vez, demonstram como a mídia alternativa, sobretudo as redes sociais e os noticiários de TV a cabo, colaborou para a ascensão de políticos estadunidenses extremistas, que não prezam pelas regras do sistema político nacional, pondo em risco a democracia dos Estados Unidos da América²⁵.

²³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. P. 92.

²⁴ MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho À Cruzada Moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 945-970, dez. 2019. FapUNIFESP (SciELO). P. 954. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752019v9310>>. Acesso em: 29/04/2021.

²⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Vê-se, assim, que as redes sociais propiciam espaços para a mobilização política, que geram reflexos concretos no mundo real e que, por vezes, podem representar um risco à democracia nacional.

Nesse cenário, chega-se ao problema central deste artigo: considerando-se a intensa polarização política da sociedade na internet que põe em risco a democracia, caberia às grandes empresas se posicionarem politicamente como forma de reforçar as instituições democráticas e a estabilidade política, social e econômica do país e do mundo, tendo em vista o importante papel que desempenham para e na sociedade? É o que se propõe resolver a seguir.

4 O POSICIONAMENTO POLÍTICO DAS EMPRESAS: UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA

As empresas sempre foram agentes políticos. Como se viu anteriormente, o conceito de empresa surgiu como um meio de dirigismo econômico pelo estado italiano fascista sob a justificativa de reverter os ganhos particulares dos sócios à sociedade – é evidente o traço político. Em seguida, buscou-se uma neutralização do conceito de empresa, a fim de exaltar os benefícios sociais e econômicos advindos dessas atividades, como forma de manter aquilo que era bom para a nação – notável também o aspecto político da medida.

Assim, não é de se estranhar a influência que as empresas podem exercer no processo político e legislativo. A propósito, não é por outro motivo que o “direito comercial, especialmente em sua dimensão exógena, aí está para subjugar os determinismos econômicos e *implementar políticas públicas* – outras além do mero apoio ao desempenho das atividades econômicas privadas”²⁶.

Os financiamentos eleitorais são a verdadeira expressão da ação política de uma empresa, afinal ela não irá doar recursos a um partido ou candidato que advogue em prol de causas que são contrárias à atividade que ela exerce. Por exemplo, uma empresa de refrigerantes não apoiará um candidato que pretende aprovar uma lei para proibir a venda de refrigerantes em escolas, pois isso afetará

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 23.

diretamente a atividade exercida pela empresa. Por outro lado, é possível que uma madeireira financie um candidato que seja contra a luta pela proteção ambiental, por facilitar a exploração de sua atividade.

Todavia, o financiamento eleitoral é um ato político “às escuras”, pois não costuma ser noticiado pela própria empresa ao seu público geral. Ainda que normalmente as doações eleitorais sejam públicas por questões de transparência do processo eleitoral, elas não são utilizadas pelas empresas para atrair clientes, mas sim para indiretamente fomentar a aprovação de leis e normas que auxiliem na concretização de projetos que podem impulsionar sua atividade econômica.

No atual cenário social conectado, polarizado e politizado, entretanto, as empresas têm sido convidadas cada vez mais convocadas a se posicionarem politicamente quanto a assuntos que estejam em voga na sociedade, especialmente nas redes sociais. Assim, questiona-se: devem as empresas se posicionar politicamente? Posicionar-se politicamente será benéfico para a atividade empresarial?

Antes de tentarmos responder a tais perguntas, vale lembrar que o objetivo principal de toda e qualquer empresa é sempre o lucro. Afinal, sem o lucro, a empresa não se sustenta, e, se permanece deficitária, caminhará para a insolvência, liquidação ou falência. Contudo, para se manter lucrativa, a empresa “precisa ser eficiente e competitiva, pois do contrário sucumbirá, sacrificando-se ela própria e, por via de consequência, sacrificando também os interesses que representa”. Logo, o lucro deve ser enxergado como “um fator de desenvolvimento econômico e social, contribuindo para a riquezas das nações”²⁷, e não como mera representação da ganância de empresários, como alguns podem pensar.

Nesse contexto, pode-se supor que se o posicionamento político da empresa a respeito de determinado assunto representará necessariamente uma queda de seu lucro, então tal estratégia definitivamente não deve ser adotada, por não ser benéfica à empresa, pois traria riscos à estabilidade do negócio como um todo. Por outro lado, o posicionamento político pode ser utilizado como ferramenta para atrair novos clientes e dar maior visibilidade à empresa.

²⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de direito comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 369.

Tradicionalmente, o entendimento majoritário no meio empresarial era de que apoiar uma causa era ruim para os negócios. Entendia-se que “a ideia de que uma companhia deve pegar seus ativos e aplicá-los para causas sociais ao invés de para lucrar para seus donos – os acionistas – é um uso irresponsável dos ativos”²⁸. Todavia, essa perspectiva está mudando.

O ponto inicial para essa mudança de paradigma foi movimento de responsabilidade social corporativa em meados dos anos 1980, contudo o movimento era basicamente sobre processos e produtos, não necessariamente sobre política. Estava enraizado na ideia de ética e segurança do produto como oposição a ideologias políticas. Entretanto, como advento das redes sociais, as empresas foram, de certa maneira, “obrigadas” a serem mais ativas politicamente, o que não necessariamente trouxe prejuízos aos seus negócios²⁹.

As retaliações políticas por empresas podem assumir diferentes formas como, por exemplo, a promoção de uma marca por meio de uma figura pública ativista social (caso Nike), a suspensão de venda de armas por lojas de departamento em resposta a trágicos e massivos ataques armados contra civis (caso Dicks e WalMart) e a retirada de publicação de autoridades nacionais em redes sociais por disseminações de notícias falsas ou enganosas (caso Trump e Bolsonaro no Twitter)³⁰.

Alguns pensam que o posicionamento político é o caminho a ser tomado pelas empresas atualmente, por poder solidificar o relacionamento com importantes stakeholders. Por outro lado, outros entendem que as empresas devem evitar defender uma causa, por entenderem justamente o contrário, que essa conduta pode afastar investidores e consumidores.

Uma recente pesquisa feita publicada pela Harvard Business Review com 168 gerentes aponta que os efeitos do posicionamento política pelas empresas dependem

²⁸ ATKINS, Betsy. Corporate Social Responsibility: is it "irresponsibility"? **Social Issues**, [S.L.], v. 14, n. 6, p. 28-29. 2006.

²⁹ BAILEY, James R.; PHILLIPS, Hillary. How do consumers feel when companies get political?. 2020. Disponível em: <<https://hbr.org/2020/02/how-do-consumers-feel-when-companies-get-political>>. Acesso em: 30/04/2021.

³⁰ BAILEY, James R.; PHILLIPS, Hillary. How do consumers feel when companies get political? 2020. Disponível em: <<https://hbr.org/2020/02/how-do-consumers-feel-when-companies-get-political>>. Acesso em: 30/04/2021.

de algumas variáveis. Deve-se avaliar em qual lado do espectro político o posicionamento se encaixa – mais à direita ou à esquerda? Conservador ou progressista? – avaliando-se, em seguida, as preferências políticas, a idade e as diferenças de gênero de seus consumidores. Tais aspectos são importantes para que sejam avaliados os possíveis impactos e riscos de determinado posicionamento político por uma empresa. Em que pese a tais variáveis, o trabalho sugere que o tabu de relacionar o comércio com a política esteja, talvez, superado³¹.

Quanto à função do posicionamento político para a empresa, se genuinamente adotado ou se apenas para angariar clientes, os resultados da pesquisa apontaram que seria para ambas as funções:

Overall, these results reveal a societal shift about what is and is not acceptable for companies to endorse. The fact that participants viewed engaging in liberal advocacy as neither good nor bad suggests that they thought doing so was merely normal business. This lack of cynicism, frankly, perplexed us. We live in an age where trust in fundamental institutions — be they church, state, or business — is steadily waning, especially among millennials (which was 75% of the sample). Perhaps this can be explained by our supposition that political advocacy has been absorbed to the extent that it is seen as a natural extension of a business model. Further, participants generally acknowledged that political advocacy is both a way for companies to connect with customers and promote their brand. Using advocacy to advertise to target audiences isn't seen as manipulative pandering. Rather, it's seen as common practice.³²

Ademais, o relatório “Inspiring Purpose-Led Growth” da Kantar Consulting aponta que marcas com um alto nível de defesa de uma causa experimentaram um crescimento no valor da marca de mais de 175% nos últimos doze anos, quando comparadas ao crescimento médio de 86% e de 70% das marcas que não se envolvem em uma causa. O estudo também indica que quase dois terços dos

³¹ BAILEY, James R.; PHILLIPS, Hillary. How do consumers feel when companies get political? 2020. Disponível em: <<https://hbr.org/2020/02/how-do-consumers-feel-when-companies-get-political>>. Acesso em: 30/04/2021.

³² BAILEY, James R.; PHILLIPS, Hillary. How do consumers feel when companies get political? 2020. Disponível em: <<https://hbr.org/2020/02/how-do-consumers-feel-when-companies-get-political>>. Acesso em: 30/04/2021.

consumidores *millenials* e da geração Z preferem marcas que adotem uma causa e defendam um posicionamento político-social³³.

Recente situação no estado da Georgia nos Estados Unidos da América ilustra como as empresas vem sendo forçadas a tomar posicionamentos a respeito de determinados assuntos políticos e/ou sociais.

Em março de 2021, o governador republicano do estado da Georgia assinou uma nova lei que tornaria mais difícil solicitar e depositar cédulas de votação eleitoral por correio. A lei foi duramente criticada por democratas, vindo a ser chamada de “doentia” pelo atual presidente estadunidense Joe Biden. Consumidores e trabalhadores de grandes empresas estabelecidas no estado também se posicionaram e ameaçaram a realizar boicotes às empresas caso essas não se manifestassem, o que as forçou a soltar meras notas defensivas à democracia e ao processo eleitoral nacional. A manifestação das empresas, contudo, não agradou o senador republicano Mitch McConnell que realizou pronunciamento aconselhando os CEOs das empresas a ficarem fora da política e não escolherem lados nessas lutas. Em resposta à manifestação do senador, um artigo da Yahoo Finance propõe às grandes empresas que se envolvam mais na política, e não menos. O artigo sugere que as grandes companhias devem trabalhar para identificar leis e políticas antidemocráticas que jamais devem ser apoiadas, bem como retirar todos os financiamentos a qualquer político que as apoiem³⁴.

Nesse cenário, percebe-se que, em razão da polarização social e política, agravada e incentivada pelo uso massivo das redes sociais, as grandes empresas vem sendo cada vez mais chamadas a se posicionar sobre questões sociais e políticas que afetam diretamente a vida de seus consumidores e trabalhadores – o que pode ser benéfico ou maléfico às atividades desenvolvidas, a depender do perfil de seus consumidores, trabalhadores e investidores e do posicionamento a ser tomado, não havendo, contudo, uma obrigatoriedade de se posicionar.

³³ SWEENEY, Erica. Brands with a purpose grow 2x faster than others. 2018. Disponível em: <<https://www.marketingdive.com/news/study-brands-with-a-purpose-grow-2x-faster-than-others/521693/>>. Acesso em: 30/04/2021.

³⁴ NEWMAN, Rick. **Big companies should get more involved in politics, not less**. 2021. Disponível em: <<https://finance.yahoo.com/news/big-companies-should-get-more-involved-in-politics-not-less-205826456.html>>. Acesso em: 30/04/2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, que não há uma obrigatoriedade de as empresas se posicionarem politicamente, pois os efeitos desse posicionamento irão variar a depender do perfil das pessoas que estão envolvidas com a atividade desenvolvida por cada empresa. Por outro lado, estudos apontam que as empresas que adotam uma causa tendem a crescer mais rapidamente que aquelas que se permanecem neutras às discussões em voga na sociedade.

Em que pese inexistir uma obrigatoriedade para o posicionamento político empresarial, deve-se destacar que a participação das empresas em discussões políticas pode auxiliar na defesa da democracia, por meio de coalizações. Nesse sentido, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt destacam que “quando empresas importantes aderem a boicotes progressistas, eles costumam ter êxito”.

Dessa forma, percebe-se a importância do mercado para a política, de modo que “mercado e política entrelaçam-se a partir do momento em que deve ser determinado o papel que o primeiro desempenhará na alocação de recursos na sociedade”³⁵ – recursos esses que não se limitam mais a questões de desenvolvimento econômico e infraestrutura, mas também ao apoio de causas determinantes para a manutenção da estabilidade social, política e econômica.

Verifica-se, portanto, que, embora não exista um consenso quanto à necessidade ou obrigatoriedade de empresas se manifestarem politicamente, eventuais posicionamentos, quando atrelados a valores cívicos e democráticos, podem fortalecer as instituições democráticas, colaborando para a manutenção da estabilidade político, social e econômica, o que, sem dúvidas, é benéfico à economia e à sociedade de forma geral.

REFERÊNCIAS

ATKINS, Betsy. Corporate Social Responsibility: is it "irresponsibility"? **Social Issues**, [S.L.], v. 14, n. 6, p. 28-29, 2006.

³⁵ FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 197.

BAILEY, James R.; PHILLIPS, Hillary. **How do consumers feel when companies get political?** 2020. Disponível em: <<https://hbr.org/2020/02/how-do-consumers-feel-when-companies-get-political>>. Acesso em: 30/04/2021.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de direito comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. IBGE EDUCA. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/ovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 29/04/2021.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. P.32.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho À Cruzada Moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. **Sociologia & Antropologia**, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 945-970, dez. 2019. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752019v9310>>. Acesso em: 29/04/2021.

NEWMAN, Rick. **Big companies should get more involved in politics, not less**. 2021. Disponível em: <<https://finance.yahoo.com/news/big-companies-should-get-more-involved-in-politics-not-less-205826456.html>>. Acesso em: 30/04/2021.

PAVESI, Patrícia P.; VALENTIM, Julio. **Emoção e Polarização nas e pelas Redes Digitais: a gestão de repertórios afetivos por públicos em rede**. Sinais, Vitória, v. 23, n. 2, p. 99-127, 2012. P. 107.

SWEENEY, Erica. **Brands with a purpose grow 2x faster than others**. 2018. Disponível em: <<https://www.marketingdive.com/news/study-brands-with-a-purpose-grow-2x-faster-than-others/521693/>>. Acesso em: 30/04/2021.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ATAQUES CIBERNÉTICOS E A POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS POR INCIDENTE DE VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Isabelly Alves de Melo¹

RESUMO

Com as novas tecnologias, a circulação de dados pessoais e de informações aumentaram de forma incomensurável, se tornando os principais recursos econômicos da sociedade da informação e o principal alvo dos ataques cibernéticos. Diante disso, o legislador através da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, objetivou a proteção de dados pessoais e principalmente dos dados sensíveis, contemplando, portanto, um regramento de responsabilização e ressarcimento de dados decorrente deste tratamento, desde a sua violação até o seu vazamento. Contudo, o legislador não explicitou expressamente qual seria o regime da responsabilidade civil para a responsabilização do agente de tratamento, especificamente nestecaso o ente público que viola as normas securitárias previstas em Lei facilitando ataques cibernéticos e consequentemente o vazamento de dados pessoais e sensíveis. Logo, questiona-se, qual seria a responsabilidade destes entes diante de ataques cibernéticos? Assim, através de um viés metodológico dedutivo, o presente artigo irá estudar e analisar a problemática do regime da responsabilidade civil adotado pela LGPD quando se tratar de entes públicos em ataques cibernéticos, posicionando-se acerca da discussão proposta.

Palavras-chave: responsabilidade civil; ente público; ataques cibernéticos; Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Advogada. Aluna de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: belly.alves967@gmail.com.

With the new technologies, the circulation of personal data and information has increased immeasurably, becoming the main economic resources of the information society and the main target of cyber attacks. In view of this, the legislator, through the enactment of the General Law of Data Protection, aimed at the protection of personal data, especially sensitive data, therefore contemplating a regulation of accountability and compensation of data resulting from this treatment, from its violation to its leak. However, the legislator did not explicitly state what would be the civil liability regime for the liability of the processing agent, specifically in this case the public entity that violates the security rules provided by law, facilitating cyber attacks and consequently the leak of personal and sensitive data. Therefore, the question is, what would be the responsibility of these entities in the face of cyber attacks? Thus, through a deductive methodological approach, this article will study and analyze the problem of the civil liability regime adopted by the LGPD when it comes to public entities in cyberattacks, taking a position on the proposed discussion.

Keywords: civil liability; public entity; cyber attacks; General Data Protection Law.

1 INTRODUÇÃO

Com o acelerado avanço tecnológico, característico da sociedade da informação do século XXI, inserido no contexto da quarta revolução industrial², o legislador apresentou dificuldades em acompanhar tais avanços, sendo que apenas em 2018 se preocupou em regular a proteção de dados pessoais, especificamente o tratamento destes dados, considerando serem atualmente essenciais para as atividades econômicas, através da Lei n.º 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de dados – LGPD, com intuito de sistematizar a regulação sobre a proteção de dados pessoais, inclusive sensíveis e suprir eventuais lacunas legislativas existentes.

Desse modo, em conjunto com outras leis já existentes, como o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) e o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), a LGPD veio para assegurar determinados direitos fundamentais no tratamento de dados pessoais, principalmente no que diz respeito à inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e da vida privada (art. 5º, X, da CF/88).

² BARBOSA, Marcos T. J.; BAISSE, Marcos; ALMEIDA, Marcos T. Surge uma nova sociedade. In: SILVA, Elcio B.; SCOTON, Maria L. R. P. D.; PEREIRA, Sérgio L.; DIAS, Eduardo M. Automação & sociedade: Quarta Revolução Industrial, um olhar para o Brasil. São Paulo: Brasport, 2018.

De modo a assegurar a proteção de dados pessoais, o legislador estabeleceu regras para a reparação de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo ocasionado por controladores, ou operadores diante dos titulares dos dados pessoais e sensíveis. Contudo, a Lei Geral de Proteção de dados foi omissa no que tange a precisão do regime da responsabilização adotada para a punição daqueles agentes que transgredirem as regras de proteção de dados. Desse modo, nota-se de pronto que a aplicabilidade da responsabilidade civil em matéria de violação dos dados pessoais será um novo desafio a ser enfrentado pelos operadores do direito. Nesse âmbito, as peculiaridades inerentes ao tema e o silêncio da Lei a respeito do regime de responsabilidade adotado pelo legislador, especificamente a natureza da responsabilização dos entes públicos por incidente de vazamento de dados pessoais e sensíveis, instigam o debate sobre o tema³.

A partir disto, através do método dedutivo, o presente artigo objetiva examinar a problemática da omissão no regime da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, principalmente a sua adaptação nas demandas impostas pela sociedade da informação, especificamente neste caso os ataques cibernéticos aos entes públicos, questionando a natureza da responsabilização destes agentes nesses casos. Sob essa premissa, espera-se, então trazer apontamentos valiosos para a construção desta disciplina, ante a omissão da LGPD, além de demonstrar a importância da definição deste regime.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD

Com o avanço tecnológico da informática e dos meios de comunicação, segundo Klaus Schwab⁴, estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial, aumentando a necessidade de se tutelar a proteção de dados pessoais como direito fundamental, haja vista a crescente utilização dos meios digitais e, consequentemente o aumento no uso de processamento destes dados. Deste modo, a evolução da capacidade computacional no processamento destes dados, viabilizaram

³ SCALETSCY, Rodrigo Livtin; VAZ, Caroline. A responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais no âmbito da Lei n.º 13.709/2018. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/rodrigo_scaletsky.pdf>. Acesso em: 10/04/2021.

⁴ SCHWAB, Klaus. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2018.

a realização de coleta, armazenamento e compartilhamento de dados em escala incomensurável.⁵

Neste novo cenário, conhecido como a sociedade da informação, os dados pessoais passaram a ter uma grande relevância na arquitetura social, provocando “uma ressignificação da conotação privacidade e, via de consequência, uma adaptação nos paradigmas do instrumental jurídico outrora utilizado”⁶, tendo em vista, que este avanço tecnológico desencadeou novas ameaças à personalidade humana, exigindo-se, portanto, uma proteção aos dados pessoais de forma especial decorrente das garantias constitucionais⁷, considerando serem bens jurídicos essenciais e vulneráveis.

A par deste cenário em 2020 entrou em vigor a Lei n.º 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados, objetivando resgatar os direitos básicos dos proprietários de dados relacionados à privacidade, considerando que atualmente a economia vem sendo movida a dados, sendo, portanto, imprescindíveis a proteção e a garantia da confiança dos usuários nas novas tecnologias da informação “cujo uso deve ocorrer livre de qualquer interceptação ou acesso indevido”⁸. Assim, existindo danos, advindos da manipulação de dados, a reparação civil se mostra a medida mais adequada.

Diante deste contexto a LGPD, na Seção III do Capítulo VI intitulado “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, instituiu regras para a reparação de dano patrimonial, individual ou coletivo e moral praticado pelos agentes de tratamento de dados com base nos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, da qualidade dos dados etc. e nos demais atos normativos que versem sobre a proteção de dados pessoais. No entanto, antes de adentrar no tema, convém conceituar dados pessoais e sensíveis, previsto no inciso I do artigo 5º da Lei ora

⁵ MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2. Ed. São Paulo: 2020. P.22.

⁶ SCALETSCKY, Rodrigo Litvin; VAZ, Caroline. A responsabilidade Civil dos agentes de tratamento de dados pessoais no âmbito da Lei n.º 13.709/2018. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/rodrigo_scaletscky.pdf>. Acesso em: 25/04/2021.

⁷ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Lei Geral de Proteção de dados (Lei 13.709/2018) – A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1 Ed. São Paulo: 2020.

⁸ MORAIS, Elisa Guimarães; SILVA, Janielle Magalhães. Qual a resposta da LGPD para a responsabilização de agentes frente ao vazamento de dados por hackers?. Migalhas. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328337/qual-a-resposta-da-lgpd-para-a-responsabilizacao-de-agentes-frente-ao-vazamento-de-dados-por-hackers>>. Acesso em 27/04/2021.

citada, como sendo aqueles dados relacionados a pessoa natural permitindo a sua identificação ou que tornam a pessoa identificável⁹.

Além disso, a Lei em seu artigo 5.º, inciso X estabelece um rol exemplificativo das atividades de tratamento de dados pessoais pelos seus agentes¹⁰ - controlador e operador, consistindo em “toda operação realizada com dados pessoais”, tais como: coleta, classificação, produção, utilização, processamento, arquivamento e armazenamento de dados.

Superados tais conceitos, é pacificado nas jurisprudências e na legislação que a desobediência a um dever jurídico configura ato ilícito gerando o dever de reparar o dano causado a outrem. Neste contexto, é possível identificar na LGPD em seus artigos 42¹¹, caput, artigo 44¹², parágrafo único e artigo 46¹³, duas situações de responsabilidade civil: (i) “violação das normas jurídicas, do microssistema de proteção de dados e (ii) violação de normas técnicas, voltadas à segurança e proteção de dados pessoais”¹⁴

No entanto, ao analisar a literalidade das normas supracitadas, não é possível identificar a natureza da responsabilização dos agentes em caso de danos em desfavor do titular dos dados pessoais, isto é, se é subjetiva ou objetiva. Duas feições que para se configurar o dever de indenizar deve estar presente três elementos

⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 61.

¹⁰ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. 3. Ed. São Paulo: 2019. P. 75.

¹¹ Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

¹² Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais (...) Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano. BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

¹³ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

¹⁴ CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53. 2020. P.163-170.

primordiais: (i) ação ou omissão; (ii) nexo de causalidade; (iii) dano. Devendo realizar, portanto, uma interpretação sistemática¹⁵.

Importante ressaltar que a existência de solidariedade entre os agentes na LGPD, em seu artigo 42, caput, é considerado como um regime excepcional, não sendo aplicado nos casos de dados pessoais e sensíveis, entendimento este compartilhado pela doutrina¹⁶.

Ou seja, a Lei determinou a responsabilidade de cada agente de forma particularizada, tendo em vista que o artigo 43 da LGPD estabelece taxativamente as excludentes de responsabilidade dos agentes de tratamento quando: “(i) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; (ii) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou (iii) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros”¹⁷.

Diante da inexistência da Lei quanto à aplicabilidade da responsabilidade subjetiva ou objetiva a doutrina divide-se em duas correntes. De um lado, adota-se a teoria da responsabilidade subjetiva fundamentada na caracterização da culpa pelo descumprimento de deveres estipulados no diploma legal; de outro, defende-se a teoria objetiva, calcada na teoria do risco, devendo comprovar o dano e o nexo causal.

Dessarte, a inexistência terminológica da LGPD quanto a responsabilização civil dos agentes, confere ao intérprete e ao aplicador da lei a possibilidade de distinguir a aplicação da responsabilidade civil conforme o agente de tratamento, isto é, se pessoa física ou jurídica de direito público, ou de direito privado.

¹⁵ DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

¹⁶ TERRA, Aline de Miranda. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. TEPEDINO, Gustavo (orgs.). Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 250.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

3 RESPONSABILIZAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO POR VAZAMENTO DE DADOS SENSÍVEIS E PESSOAIS EM ATAQUES CIBERNÉTICOS

Antes de adentrarmos ao tema principal deste artigo, enfatiza-se que a LGPD é aplicável aos entes públicos, haja vista que tratam dados pessoais, inclusive dados sensíveis. Assim, no caso de evento danoso que cause danos a outrem é cabível a responsabilização do ente público. Discutindo-se, portanto, neste trabalho a natureza da responsabilização civil deste agente de tratamento em casos de vazamento de dados pessoais e sensíveis em ataques cibernéticos.

Ao ente público que trata dados pessoais e sensíveis, a Lei Geral de Proteção de Dados dedicou o capítulo IV “Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público”, determinando deveres da administração pública e traçando normas reguladoras do uso compartilhado do banco de dados entre os órgãos da administração pública. Além de, proclamar o dever de observância da responsabilização e prestação de conta e de se submeter aos princípios da segurança e da prevenção.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que a “responsabilidade é inerente à existência de um dever jurídico”¹⁸, ou seja, existindo dando material ou moral, causado por uma conduta comissiva ou omissiva injurídica imputável ao Estado haverá “presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial”¹⁹. Assim, a caracterização da responsabilidade civil deve estar presente os seguintes requisitos: “(i) dano material ou moral; (ii) uma ação ou omissão imputável ao Estado, caracterizada pelo descumprimento de um dever de diligência especial; e (iii) um nexo de causalidade entre ambos”²⁰.

Como esclarecido anteriormente a LGPD não regulamenta o regime da responsabilização civil dos agentes de tratamentos, trazendo dificuldades à

¹⁸ FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

¹⁹ FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

²⁰ MARIANA, Randon Savaris; com orientação de JARDIM, Raphaela Thêmis Leite. A responsabilidade civil do Estado como agente de tratamento de dados pessoais (LGPD, arts. 23-32). Disponível em: <<https://justen.com.br/pdf/IE163/IE163-Mariana-RespCivilEstAgenteTratDadosPessoaisLGPD.pdf>>. Acesso em: 10/04/2021.

identificação da natureza da responsabilização civil dos entes públicos, cabendo ao intérprete distinguir os agentes de tratamento.

Sendo assim, se tratando de controlador ente público sua responsabilização civilmente no âmbito das atividades de tratamento de dados pessoais e sensíveis, principalmente, através de processos automatizados, tem como fundamento a teoria do risco administrativo, que “se caracteriza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva dos dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste”²¹.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal determinou que o ente público será responsabilizado objetivamente pelos atos comissivos quando realizar tratamento e compartilhar dados de forma irregular; por outro lado, será responsabilizado de forma subjetiva para os atos omissivos, como, por exemplo, a não observância das normas de prevenção e securitária da informação, consequentemente, oportunizando o vazamento de dados pessoais e sensíveis²².

Nesta última hipótese, entende-se que caso ocorra o vazamento de dados pessoais por ente público através de uma brecha no banco de dados do órgão enseja o dever de indenizar, principalmente por dano moral. No entanto, nos casos de vazamentos de dados por ataques cibernéticos o ente público poderia ser responsabilizado civilmente ou neste caso caracterizaria uma excludente por culpa exclusiva de terceiro, neste caso o hacker? É com esta problemática que iniciamos uma discussão necessária sobre a formulação de um regime de responsabilização civil em proteção de dados pessoais, principalmente nos casos de ataques cibernéticos.

Este cenário não é meramente hipotético, eis que já existem diversos relatos de vazamentos de dados por ente público, como o do Ministério da Saúde através de sua plataforma e-Saúde, que, em 2018, devido uma falha na segurança, expôs

²¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ALVIM, Rafael da Silva. O regime da responsabilidade do Estado na Lei Geral de Proteção de Dados. Conjur: 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/pereira-alvim-regime-responsabilidade-estado-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

²² RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1170-1109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747648001>>. Acesso em: 10/04/2021.

informações pessoais de inúmeros cidadãos brasileiros por diversos meses. E recentemente, em 2020, tivemos o ataque cibernético ao STJ, felizmente, acredita-se que não teve nenhum de seus dados “vazados”, considerando que tal vazamento causaria danos incomensuráveis a um incontável número de pessoas, tendo em vista que os dados tratados pelo órgão público são pessoais e a maioria dados sensíveis.

Antes de adentrarmos propriamente na responsabilização civil nestes casos, importante ressaltar que o Brasil é o quarto maior país em casos de ciberameaças e de ransomware, vírus do “tipo ‘malware’ utilizado por hackers na prática de crimes de extorsão de dados, através do bloqueio de todos os arquivos do computador impedindo a utilização do sistema”²³, meio este utilizado pelos hackers no ataque cibernético ao banco de dados do Superior Tribunal de Justiça para solicitar resgate sobre os dados.

Para melhor esclarecimento:

Os *ransomware* são, já há um tempo, uma das ameaças mais comuns a sistemas públicos e privados no mundo inteiro. A obtenção desse tipo de *malware* por criminosos exige apenas que eles saibam onde procurar na Internet. A invasão só precisa encontrar uma vulnerabilidade: um sistema operacional ou aplicativo desatualizado, uma falha na configuração de um servidor ou até o despreparo de um usuário com poder de acesso ao sistema, que pode ter suas credenciais obtidas pelo criminoso, por exemplo, através de *link* em um endereço eletrônico fraudulento. A comunicação entre o criminoso e a vítima, assim como o pagamento do resgate, se dão por meios que dificultam o rastreamento e o trabalho da polícia. Juntas, essas características tornam os custos para o invasor baixíssimo se comparados aos potenciais retornos financeiros.²⁴

Não é necessário demonstrar que o STJ tratava e trata de uma quantidade imensurável de dados, inclusive pessoais e sensíveis, que iam “além dos dados de

²³ FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FIATKOSKI, Nahyana Viott. O que os recentes ataques cibernéticos nos ensinam sobre a LGPD. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336280/o-que-os-recentes-ataques-ciberneticos-nos-ensinam-sobre-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

²⁴ SALVADOR, João Pedro Favaretto; GUIMARÃES, Tatiane. O ataque ao STJ é mais um grito de socorro da segurança cibernética do Brasil. FGV Artigos: 2020. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/ataque-ao-stj-e-mais-grito-socorro-seguranca-cibernetica-brasil>>. Acesso em: 10/04/2021.

funcionários e visitantes da corte”²⁵, os processos judiciais expunham informações pessoais das partes, inclusive documentos que na maioria das vezes “continha informações bancárias, fiscais, patrimoniais, de saúde entre outras”²⁶. Ou seja, em uma sociedade onde os dados se tornaram uma das principais moedas de troca na economia, a apropriação destes dados pelos hackers apresentou uma imensa insegurança jurídica, além da incerteza de que todos os dados foram devidamente devolvidos.

Foi buscando proteger esses dados pessoais e sensíveis e principalmente o titular destes dados que a Lei Geral de Proteção de Dados foi criada, entrando em vigor no período mais crítico do país, a pandemia do Covid-19, onde diversas empresas se reinventaram, se virtualizando. Diante disso, com a promulgação da lei as empresas e os entes públicos se viram obrigados a revisar seus procedimentos, “editar políticas de privacidade, termos de consentimento e planos de contingenciamento vocacionados à proteção de dados visando a assegurar a real privacidade e segurança das informações”²⁷.

Assim, com a mudança de ambiente por parte das empresas a forma de crimes também foram mudadas, aumentando os ataques cibernéticos, principalmente aos Órgãos Judiciários amplificando a preocupação tanto quanto a proteção dos dados pessoais quanto a responsabilização dos agentes de tratamento em caso de incidente de vazamento de dados por culpa de terceiros, os hackers. Deve-se considerar que os danos causados aos indivíduos que tiveram o sigilo de seus dados violados devido à falha na segurança de armazenamento de dados pelos entes públicos evidenciam a negligência do agente de tratamento, neste caso, o órgão

²⁵ FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FIATKOSKI, Nahyana Viott. O que os recentes ataques cibernéticos nos ensinam sobre a LGPD. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336280/o-que-os-recentes-ataques-ciberneticos-nos-ensinam-sobre-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

²⁶ FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FIATKOSKI, Nahyana Viott. O que os recentes ataques cibernéticos nos ensinam sobre a LGPD. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336280/o-que-os-recentes-ataques-ciberneticos-nos-ensinam-sobre-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

²⁷ FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FIATKOSKI, Nahyana Viott. O que os recentes ataques cibernéticos nos ensinam sobre a LGPD. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336280/o-que-os-recentes-ataques-ciberneticos-nos-ensinam-sobre-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

público. Portanto, a mera invasão por terceiros, não tem o condão de afastar a responsabilidade do agente de tratamento²⁸.

Independentemente de o hacker ser equiparado a um terceiro estranho à relação estabelecida entre o agente de tratamento, o ente público e o titular dos dados, a vítima, raramente o dano causado será exclusivamente daquele, já que o ataque cibernético tende de estar relacionado com alguma falha na segurança do sistema do agente de tratamento, sendo, portanto, incabível afirmar que tais agentes em nada contribuíram para a ocorrência do evento danoso. Nesse ponto, vale ressaltar a imprescindibilidade das providências adequadas de segurança ao tratamento de dados, sendo considerado um fator de regularidade da atividade de tratamento de dados²⁹.

Deste modo, para caracterizar a excludente de culpa exclusiva de terceiro, a conduta do hacker deve ser considerada ativa e determinante à configuração do dano, “sem que o vazamento de dados tenha decorrido também pela ineficácia das medidas de segurança adotadas”³⁰. Nesse sentido, compara-se a situação com a hipótese de excludente por caso fortuito ou força maior³¹, onde o acontecimento é inevitável, exterior, imprevisível. Diferentemente do que preceitua estas duas hipóteses os ataques cibernéticos por hackers e o vazamento de dados se tornaram um fenômeno recorrente e conhecido, caracterizando, portanto, um fato previsível pelos agentes de tratamentos de dados pessoais e sensíveis.

O artigo 42 da LGPD diz que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais, causar dano a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de

²⁸ MORAIS, Elisa Guimarães; SILVA, Janielle Magalhães. Qual a resposta da LGPD para a responsabilização de agentes frente ao vazamento de dados por hackers?. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328337/qual-a-resposta-da-lgpd-para-a-responsabilizacao-de-agentes-frente-ao-vazamento-de-dados-por-hackers>>. Acesso em: 10/04/2021.

²⁹ BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane Nóbrega. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

³⁰ MORAIS, Elisa Guimarães; SILVA, Janielle Magalhães. Qual a resposta da LGPD para a responsabilização de agentes frente ao vazamento de dados por hackers?. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328337/qual-a-resposta-da-lgpd-para-a-responsabilizacao-de-agentes-frente-ao-vazamento-de-dados-por-hackers>>. Acesso em: 10/04/2021.

³¹ Salienta-se que para fins do presente artigo, as duas excludentes serão consideradas como categoria unificada a depreender a identidade de seus efeitos jurídicos.

dados pessoais, é obrigado a repará-lo”³². Ou seja, se comprovado que o ente público não utilizou padrões de segurança adequados, poderá ser responsabilizado civilmente.

Nestes casos em que as diretrizes e as normas de segurança para tratamentos de dados não foram devidamente observados pelos entes públicos, não deve se socorrer da tutela da responsabilidade civil baseada no direito comum, mas sim de uma culpa concorrente, entre o hacker e o ente público. Admitindo, que o órgão público em sua modalidade omissiva específica colaborou para ocorrência do dano, ao não adotar os padrões de segurança devida, mas também foi vítima do ataque cibernético, podendo ser considerado um atenuador de sua culpa³³.

A esse respeito o Supremo Tribunal Federal caminha, como no RE 841.526/RS:

“Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes: [...] Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima.” (g.n.) (RE 841526, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016, Repercussão geral)

Em outros termos o ente público pode ser responsabilizado através da culpa concorrente por incidente de vazamento de dados pessoais e sensíveis no caso de ataque cibernético se for devidamente comprovado o ato omissivo quanto a adoção

³² BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

³³ FILHO, Jocil Moraes. Ataque hacker ao STJ e a responsabilidade civil do Estado. Jusbrasil: 2020. Disponível em: <<https://jocil.jusbrasil.com.br/artigos/1116934543/ataque-hacker-ao-stj-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 10/04/2021.

de medidas de segurança, facilitando a invasão de hackers no sistema do banco de dados.

No caso do STJ, foi relatado por um dos ministros a sua preocupação com a segurança jurídica do sistema em uma entrevista anterior ao ataque cibernético ocorrido, além de funcionários, afirmarem que após ao ataque o órgão judiciário passou a adotar diversas medidas de segurança que anteriormente não eram utilizadas. Isto é, a responsabilização de forma concorrente nos casos de vazamento de dados por hackers mostra-se como um incentivo para o investimento em parâmetros de segurança como determina a LGPD, tendo em vista que ainda há diversos agentes de tratamentos que não adotaram devidamente as medidas de segurança por considerar a proteção de dados pessoais, inclusive sensíveis como algo banal.

Por outro lado, nos casos em que os agentes de tratamento adotem todas as medidas de segurança, caberá neste caso a responsabilidade subjetiva, não havendo impunidade quando da invasão dos sistemas de dados por terceiros.

Sob este prisma da responsabilização subjetiva, faz necessário analisar melhor “(i) se a invasão é resultado, ou não, de táticas inovadoras; (ii) a capacidade dos provedores de hospedagem para proteger os dados; (iii) a adoção de medidas securitárias eficientes e razoáveis pelos agentes, a constatar se a causa atribuída aos agentes de tratamento de dados não é interrompida ou excluída pela interferência dos hackers”³⁴. Desta maneira, a adoção das medidas securitárias e o sigilo resguardam os agentes de tratamentos que cumpremos deveres de integridade, disponibilidade e confidencialidade estipulados na LGPD quando trata de tratamento de dados.

De fato, não se trata de um desafio simples, haja vista o grande impacto que o tratamento de dados causa em diversos setores da sociedade da informação, além de que as sanções administrativas da LGPD – previstas para serem aplicadas pela ANPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não estão em vigor. Sendo preocupante que o único órgão com poderes de aplicar sanções, multas e de sanar dúvidas quanto ao instituto da responsabilização nos casos de ataques cibernéticos,

³⁴ MORAIS, Elisa Guimarães; SILVA, Janielle Magalhães. Qual a resposta da LGPD para a responsabilização de agentes frente ao vazamento de dados por hackers?. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328337/qual-a-resposta-da-lgpd-para-a-responsabilizacao-de-agentes-frente-ao-vazamento-de-dados-por-hackers>>. Acesso em: 10/04/2021.

isto é, o judiciário, ainda não esteja devidamente adequada aos próprios enunciados da Lei.

Deste modo, a presente discussão abordada neste trabalho ainda será objeto de várias análises, cabendo a atuação diligente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para preencher tais lacunas legais, omissões e editar instruções necessárias visando a preservação e a garantia do direito individual no que se refere a coleta de dados, bem como necessitará que os Tribunais pátrios estabeleçam as balizas interpretativas da Lei.

Sendo assim, a discussão ora travada neste artigo trata-se apenas de um pontapé para a definição do regime da responsabilização civil dos agentes de tratamento, inclusive nos casos de ataques cibernéticos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, percebe-se que, a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados visa a proteção de dados pessoais e sensíveis. Mesmo não estando explicitamente previsto na Constituição Federal, a referida Lei assumiu a condição desta proteção como direito fundamental autônomo, portanto, caso a violação deste direito ocasione danos ao titular dos dados caberá a responsabilização do agente de tratamento. Contudo, o legislador não consignou expressamente a natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, especificamente o ente público.

Embora a Lei de Proteção de Dados Pessoais não tenha previsto normas específicas à responsabilização dos entes públicos, é claro a possibilidade de sua responsabilização, à luz da Constituição federal é instituído requisitos para a sua responsabilização, desde que haja “(i) atuação defeituosa do Poder Público como agente de tratamento de dados ou omissão própria antijurídica; (ii) nexo de causalidade entre ambos”³⁵.

³⁵ MARIANA, Randon Savaris; com orientação de JARDIM, Raphaela Thêmis Leite. A responsabilidade civil do Estado como agente de tratamento de dados pessoais (LGPD, arts. 23-32). Disponível em: <<https://justen.com.br/pdf/IE163/IE163-Mariana-RespCivilEstAgenteTratDadosPessoaisLGPD.pdf>>. Acesso em: 10/04/2021.

Portanto, conclui-se que nos casos em que o ente público, como agente de tratamento aja de forma omissiva, deixando de adotar as medidas securitárias estabelecidas na LGPD facilitando um ataque cibernético por hackers ocasionando um vazamento de dados pessoais, inclusive sensíveis gerando dano ao titular destes dados deverá responder de forma concorrente caso esteja comprovado sua omissão em adotar as medidas exigidas para os agentes de tratamento de dados, não sendo, portanto, considerado neste caso uma excludente por culpa exclusiva de terceiros a invasão de hackers, tendo em vista que o ato omissivo daquele ente quanto a adoção de medidas securitárias facilitou a invasão e consequentemente um vazamento de dados.

Diferentemente o instituto da responsabilidade subjetiva poderá ser aplicada ao ente público em caso de vazamento de dados por atos omissivos quando não se tratar de um ataque cibernético ou quando analisado que a invasão por hackers é resultado, ou não, de táticas inovadoras, assim como deverá ser analisado a capacidade dos agentes para proteger os dados, isto é, adotou medidas de segurança efetivas e razoáveis.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo não pretende exaurir a problemática abordada, mas contribuir para o debate acadêmico das questões ora suscitadas, buscando refletir acerca da natureza da responsabilidade civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente nos casos de ataques cibernéticos aos entes públicos. No entanto, considerando a atualidade da problemática e que as sanções administrativas ainda não estão em vigor, assinala a complexidade de se exaurir sobre o assunto, cabendo temporalmente em sede doutrinária, jurisprudencial e da própria ANPD esclarecer ao longo do tempo debates como estes, traçando normas e requisitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcos T. J.; BAISSE, Marcos; ALMEIDA, Marcos T. **Surge uma nova sociedade**. In: SILVA, Elcio B.; SCOTON, Maria L. R. P. D.; PEREIRA, Sérgio L.; DIAS, Eduardo M. Automação & sociedade: Quarta Revolução Industrial, um olhar para o Brasil. São Paulo: Brasport, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 61.

BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane Nóbrega. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Lei nº 13/709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10/04/2021.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº53. 2020. P.163-170.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. 3. Ed. São Paulo: 2019. P. 75.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. **Lei Geral de Proteção de dados (Lei 13.709/2018) – A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. 1 Ed. São Paulo: 2020.

FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FIA TKOSKI, Nahvana Viott. **O que os recentes ataques cibernéticos nos ensinam sobre a LGPD**. Migalhas: 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336280/o-que-os-recentes-ataques-ciberneticos-nos-ensinam-sobre-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

FILHO, Jocil Moraes. **Ataque hacker ao STJ e a responsabilidade civil do Estado**. Jusbrasil: 2020. Disponível em: <<https://jocil.jusbrasil.com.br/artigos/1116934543/ataque-hacker-ao-stj-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 10/04/2021.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11 Ed. São Paulo: RT, 2015.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. Ed. São Paulo: 2020, p.22.

MARIANA, Randon Savaris; com orientação de JARDIM, Raphaela Thêmis Leite. **A responsabilidade civil do Estado como agente de tratamento de dados pessoais (LGPD, arts. 23-32)**. Disponível em: <<https://justen.com.br/pdfs/IE163/IE163-Mariana-RespCivilEstAgenteTratDadosPessoaisLGPD.pdf>>. Acesso em: 10/04/2021.

MORAIS, Elisa Guimarães; SILVA, Janielle Magalhães. **Qual a resposta da LGPD para a responsabilização de agentes frente ao vazamento de dados por hackers?**. Migalhas. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328337/qual-a-resposta-da-lgpd-para-a-responsabilizacao-de-agentes-frente-ao-vazamento-de-dados-por-hackers>>. Acesso em: 27/04/2021.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ALVIM, Rafael da Silva. **O regime da responsabilidade do Estado na Lei Geral de Proteção de Dados**. Coniur. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/pereira-alvim-regime-responsabilidade-estado-lgpd>>. Acesso em: 10/04/2021.

RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1170-1109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747648001>>. Acesso em: 10/04/2021.

SALVADOR, João Pedro Favaretto; GUIMARÃES, Tatiane. **O ataque ao STJ é mais um grito de socorro da segurança cibernética do Brasil**. FGV Artigos: 2020. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/ataque-ao-stj-e-mais-grito-socorro-seguranca-cibernetica-brasil>>. Acesso em: 10/04/2021.

SCALETSCKY, Rodrigo Livtin; VAZ, Caroline. **A responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais no âmbito da Lei n.º 13.709/2018**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/rodrigo_scaletsky.pdf>. Acesso em: 10/04/2021.

SCHWAB, Klaus. **Aplicando a Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.

TERRA, Aline de Miranda. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 250.

CRIME DE ESTELIONATO VIRTUAL EM TEMPOS DE PADEMIA DE COVID-19: ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MAJORANTE PARA CONTENÇÃO DO DELITO

Nathan Vinagre Augusto dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo buscará observar duas vertentes. Primeiramente, será verificado como a pandemia de COVID-19 contribuiu para o aumento do número de casos de estelionato virtual. Posteriormente, o trabalho analisará a fragilidade dos usuários da rede de computadores, ressaltando a imprescindibilidade da tipificação do crime de estelionato virtual com a previsão de uma pena mais elevada que a do estelionato simples. Por fim, o artigo em epígrafe verificará a viabilidade do Projeto de Lei nº 3.376/20 que acrescenta a maiorante do estelionato virtual com pena mais severa para as fraudes cometidas nas redes de computadores.

Palavras-chave: pandemia de COVID-19; estelionato virtual; tipificação.

ABSTRACT

This article will seek to observe two aspects. First, it will be verified how the COVID-19 pandemic contributed to the increase in the number of cases of virtual swindle. Later, the paper will analyse the fragility of users of the computer network, emphasizing the imprescindibility of the typification of the crime of virtual swindle with the prediction of a higher penalty than that of simple swindle. Finally, the above article will verify the feasibility of Bill nº 3.376/20, which adds to the major of the virtual swindle with a harsher penalty for fraud committed on computer networks.

Keywords: COVID-19 pandemic; virtual swindle; typification.

¹ Bacharel em Direito pela Centro Universitário de Brasília. Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: nathan.vinagre@sempreueb.com.

1 INTRODUÇÃO

O estelionato simples tipificado no art. 171 do Código Penal consiste na obtenção de vantagem ilícita, utilizando-se de meios fraudulentos para induzir ou manter a pessoa (vítima) em erro.² Nesse sentido, o tipo penal descrito apresenta caráter genérico, ou seja, para a sua caracterização, é irrelevante o meio utilizado para adquirir a vantagem indevida. Logo, o estelionato *lato sensu*, tipificado no Código Penal, subdividir-se-ia em diversas espécies, tendo como principal parâmetro de diferenciação o *modus operandi* do delito, ou seja, o meio empregado para a sua consumação.

Dentre as diversas espécies de estelionato, encontra-se o estelionato virtual. Essa recente modalidade caracteriza-se pela utilização da rede de computadores e de ferramentas/aplicativos presentes nos aparelhos tecnológicos como um mecanismo para a aquisição da vantagem ilícita.³ Desta perspectiva, o agente, utilizando-se de ferramentas virtuais, induz a vítima em erro, a fim de obter uma contrapartida vantajosa.

Essa forma de praticar estelionato já foi empregado diversas vezes desde o início da era tecnológica, na qual cada indivíduo estaria conectado diariamente a rede mundial de computadores (internet). Porém, no Brasil, o estelionato virtual ganhou mais notoriedade a partir da pandemia de COVID-19, uma vez que, para evitar a disseminação do vírus, diversos órgãos públicos e empresas aderiram ao trabalho remoto. Dessa forma, cada cidadão, por mais leigo que fosse, deveria aumentar o período em que estaria conectado à internet, expondo-se cada vez mais aos riscos advindos dessa necessidade.

Diante disso, é possível constatar a fragilidade das pessoas comuns perante as fraudes virtuais, surgindo, então, diversas indagações. Será que o estelionato é mais fácil de ser cometido pelo meio virtual do que presencialmente? Será que o cidadão

² BRASIL. [Decreto lei nº 2.848/1940]. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

³ FEITOZA, Luís Guilherme de Matos. Crimes cibeméticos e o estelionato virtual. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, sob orientação do Prof. Hailton da Silva Cunha. Brasília: UCB. 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_cibemeticos_o_estelionato_virtual.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

se torna mais vulnerável utilizando a rede mundial de computadores? Será que a tipificação dos ramos de estelionato, com base na forma de atuação e do meio empregado, resolveria a indagação levantada?

Frente as inúmeras constatações elucidadas, faz-se imprescindível verificar se o estelionato virtual poderia ser contido através da estipulação de uma legislação penal mais rigorosa. Dito isso, o presente artigo analisará a possibilidade de acrescentar uma qualificadora ou majorante para o tipo penal estelionato simples, tipificado no art. 171 do CP, apresentando a modalidade de estelionato virtual, a fim de providenciar maior segurança aos usuários da rede mundial de computadores.

Vale reverberar que o trabalho em evidência não entrará na questão da segurança dentro da rede, ou seja, não será analisado normas de criptografia da rede para aferir maior proteção. Ademais, não será desmembrado nenhuma outra infração penal praticada na rede virtual, restando a exordial delimitada a questão do estelionato virtual (crime mais próximo do cotidiano do brasileiro comum).

Além disso, o presente artigo analisará os dados referente ao número de pessoas conectados na rede mundial de computadores, comparando-os com a quantidade de estelionatos virtuais praticados ao logo da pandemia de COVID-19. Dessa forma, será utilizado uma metodológica exploratória, por meio da obtenção de informações sobre o referido problema, sendo embasado por pesquisa bibliográfica, bem como realizando a técnica de levantamento de dados existentes.

Por fim para elucidar melhor a argumentação defendida no artigo em epígrafe, será analisado o Projeto de Lei nº 3.376/20 que trata justamente sobre a implementação de uma majorante para o delito de estelionato praticado no meio virtual. Portanto, será abordado sobre a viabilidade do projeto de lei em comento, a fim de observar o modelo ideal para garantir a segurança dos usuários de internet ou pelo menos punição efetiva do infrator como uma forma de compensação do dano sofrido pela vítima.

2 A EXPANSÃO DOS USUÁRIOS DA REDE DE COMPUTADORES DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 EM CONTRAPARTIDA AO DELITO DE ESTELIONATO VIRTUAL

A internet possui a função de interligar diversos componentes tecnológicos sem necessitar de contato físico, permitindo a transmissão de informações e comunicação em massa. Dessa forma, independentemente da proximidade entre os usuários, para que haja a tramitação de dados, basta que ambos os indivíduos possuam acesso ao ambiente virtual.

As facilidades apresentadas pelo sistema de rede virtual acarretaram a incorporação dessa ferramenta no cotidiano de diversas pessoas. Até as tarefas mais básicas a serem desempenhadas foram virtualizadas, tornando-as mais efetivas. Por conseguinte, as atividades, que, antigamente, demandavam tempo e empenho dos indivíduos para serem realizadas, atualmente, podem ser exercidas com um único toque em um aparelho conectado à rede mundial de computadores, permitindo a otimização do tempo.

Diante disso, os usuários da rede de computadores vêm crescendo de forma exponencial, ante o processo de digitalização dos serviços mais básicos (como serviço de entrega de comida, transporte etc.). Segundo os dados constante na pesquisa realizada pela TIC Domicílios 2019, em colaboração com Central Regional para o Desenvolvimento de Estudo sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê de Gestor de Internet no Brasil, aparentemente, 134 milhões de pessoas acessaram a rede mundial de computadores no ano de 2019, o que equivaleria a 74% da população.⁴ Nessa perspectiva, é possível verificar que houve uma expansão natural da internet, democratizando o acesso a rede de computadores e circulação de informação.

Frente a possibilidade de acesso remoto a informações das mais variadas possíveis, diversas entidades públicas e privadas, observando o custo de locomoção

⁴ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Domicílios: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros. São Paulo. 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

das pessoas e a natureza da atividade laboral a ser exercida (de cunho intelectual que não demande trabalho braçal), possibilitaram que o funcionário realiza-se a suas atribuições sem precisar sair de casa, por intermédio da conexão à rede mundial de computadores (obviamente, utilizando uma criptografia para evitar vazamento de informações confidenciais). Portanto, os serviços públicos e privados passaram, assim, por um processo de virtualização, sendo possível desempenhar suas atribuições à longa distância, sem necessitar do comparecimento presencial, tal modelo recebeu a denominação de *home office*.

Nesse contexto, o teletrabalho foi uma das inovações presentes na era digital que otimizaria o custo de produção, pois, ao invés do funcionário gastar tempo de labor e esforço psíquico com o mero trajeto para o local de trabalho, seria mais vantajoso permitir que ele basicamente exercesse a mesma função com idênticos resultados no interior de sua residência. Nessa perspectiva, haveria a ideia inicial de transportar o escritório para dentro do domicílio do empregado, a fim de propiciar melhores condições de trabalho pelo menor custo.

Porém, apesar da magnitude da internet e benefícios propiciados para seus usuários, em um ambiente social, sempre existem indivíduos que desvirtuam os paradigmas trazidos pelas ferramentas, utilizando-as a seu bel prazer com o objetivo espúrio de obter vantagens indevidas. Dito isso, a utilização da rede mundial de computadores para a prática de crimes tornou-se cada vez mais rotineira.

Como dito anteriormente, a rede virtual é propícia a propagação de informações, mas nem todas elas são verdadeiras e confiáveis. A referida brecha no sistema vem sendo utilizada por criminosos com conhecimento de informática para propagação de informações fraudulentas capazes de induzir diversos indivíduos a erro.⁵ Portanto, embora haja diversos benefícios presentes na internet, parte da sociedade apresenta certo receio em utilizar as ferramentas virtuais, face o alto risco de vir a sofrer um eventual “golpe”. Logo, a expansão dos usuários de rede tomou-se

⁵ ASSUNÇÃO, Ana Paula Souza. Crimes virtuais. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, sob orientação do Professor Juraci Cipriano. ANÁPOLIS: UniEvangélica. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/538/1/Monografia%20-%20Ana%20Paula%20Souza.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

um atrativo para infratores, ante o aumento da probabilidade de obter êxito na fraude virtual cometida.

A lógica, assim, é bastante simples, quanto mais usuários de rede, maior seríamos afetados por delitos virtuais, necessitando a apresentação de soluções para a proteção dos integrantes da rede virtual. Dessa forma, o combate a delitos praticados no ambiente virtual tornou-se um dos desafios mais complexos na era digital, pois todo sistema de dados criptografados, por mais seguro que seja, está sujeito a falhas operacionais capazes de colocar seus usuários em risco.

Em contrapartida a isso, o processo de virtualização dos meios de propagação de informação e labor, em 2020, sofreu um processo de aceleração desenfreada, motivada pela propagação da Covid-19. Com o objetivo de evitar a propagação da doença, os governos de diversos países do mundo inteiro, incluindo o Brasil (no caso por Decreto Estaduais), decretaram o fechamento de estabelecimentos comerciais ao mesmo tempo em que incentivaram as pessoas a não deixarem suas residências.

A pandemia mundial ocasionada pelo coronavírus modificou, assim, o modo como a sociedade realizava determinadas atividades, acarretando na criação de um espaço propício para a expansão das ferramentas virtuais conectadas pela rede mundial de computadores. Por outro lado, ao mesmo tempo em que a internet vinha se fortalecendo, a disseminação das fraudes virtuais tornou-se cada vez mais recorrente.

Isto posto, o presente capítulo optou por tratar das consequências que a pandemia trouxe para o ambiente virtual, analisando tanto a expansão dos usuários de rede como os estelionato praticados por meio digital.

2.1 Expansão dos usuários da rede mundial de computadores em tempos de pandemia

A pandemia de COVID-19, difundida no mundo inteiro, trouxe um grande impacto para o ambiente virtual. Ocorre que a propagação do vírus se dá pelo contato com pessoa contaminada, tendo sintomas similares à gripe, mas potencializava os danos respiratórios, o que propiciou índices de mortalidades extremamente altos. Diante disso, a recomendação da OMS, seguida pelos governos

estaduais brasileiros, foi a implementação do lockdown, com o consequente fechamento do comércio, e incentivando as pessoas a não saírem de suas residências, tudo isso com finalidade de evitar aglomerações que proliferariam o vírus.

No início da pandemia, a manutenção dos indivíduos em suas casas gerou diversos efeitos no ambiente psíquico, tal qual o tédio absoluto, consequência lógica da disponibilidade de tempo. As pessoas, anteriormente, não possuíam tempo livre suficiente para aventurar-se na rede mundial de computadores, tendo em vista o grande esforço exercido nos estudos e no trabalho desempenhado. Porém, ao ser mantido na residência com as atividades rotineiras suspensas pelos decretos estaduais, houve uma necessidade da sociedade “preencher o tempo” com alguma atividade, gerando o sentimento de “tédio” antes exposto. Nesse sentido, com a finalidade de descontrair nas horas de lazer, diversas pessoas começaram a acessar a internet, por intermédio dos serviços de streaming, jogos virtuais, etc. Com isso, já seria possível notar um aumento do número de usuários de rede.⁶

Entretanto, à medida que o coronavírus vinha se propagando de forma desenfreada tornou-se necessário a continuidade das atividades laborais, ao mesmo tempo em que buscava-se evitar a propagação do vírus. Nesse contexto, a solução aplicada seria a adoção do teletrabalho, permitindo que as pessoas exercessem as suas funções dentro de suas respectivas residências.⁷ Logo, o *home office* começou a ser adotado de forma mais ampla, fazendo com que as atividades de cunho intelectual pudessem ser realizadas pelo ambiente virtual, sem demandar o comparecimento pessoal.

Vale frisar que a mesma lógica adotada no teletrabalho foi aplicada no âmbito acadêmico. Diversas escolas e universidades, com o objetivo de manutenção do

⁶ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. PAINEL TIC COVID-19: PESQUISA SOBRE O USO DA INTERNET NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. 3ª ed.: ensino remoto e teletrabalho. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201104182616/painel_tic_covid19_3edicao_livro%20elet%C3%B4nico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

⁷ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. PAINEL TIC COVID-19: PESQUISA SOBRE O USO DA INTERNET NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. 3ª ed.: ensino remoto e teletrabalho. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201104182616/painel_tic_covid19_3edicao_livro%20elet%C3%B4nico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

ensino letivo, utilizaram de ferramentas virtuais para a realização de aulas *online*. Esse mecanismo, apesar de controvertido (pois não apresentaria as mesmas técnicas de ensino que as aulas presenciais), foi uma das soluções encontradas, exigindo, ainda mais, o acesso à rede mundial de computadores e seus componentes.

Ademais, seria possível constatar que houve uma crescente onda de encomendas realizadas pelos ambientes virtuais a serem entregues diretamente nas residências. Essa técnica foi aplicada pelas lojas que já possuíam sites de vendas para manter as atividades durante a pandemia de COVID-19, sendo que a mesma lógica foi empregada pelos restaurantes que passaram a realizar *deliverys*.

Percebe-se, então, que a manutenção das pessoas dentro de suas residências, embora tenha sua conotação negativa, permitiu uma aproximação da sociedade com a rede mundial de computadores, empregando diversos mecanismos digitais para desempenho de tarefas, cuja modalidade presencial encontrava-se suspensa durante a pandemia. Por óbvio, os impactos da pandemia no ambiente virtual foi bem maior do que os exemplos e constatações apontadas, contudo o presente artigo buscou evidenciar aqueles que mais influenciaram para a adequação social no ambiente virtual.

A fim de trazer uma concretude as ideias apontadas, vale observar que, na pesquisa realizada no ano de 2020, o IX.br, um dos maiores pontos de troca de tráfego de Internet do mundo, operado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), registrou um pico de cerca de 13,5 *terabits* por segundo – evidência de que o tráfego da rede atingiu um volume inédito no país.⁸ Esse marco demonstra justamente a intensidade com que os usuários de rede vêm utilizando a internet no momento de isolamento social.

Em suma, é facilmente verificado que na pandemia de COVID-19 houve um aumento exorbitante da quantidade de pessoas utilizando a internet, registrando patamares inédito.

⁸ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Painel tic covid-19: pesquisa sobre o uso da internet no brasil durante a pandemia do novo coronavírus. 3ª ed.: ensino remoto e teletrabalho. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201104182616/painel_tic_covid19_3edicao_livro%20elet%C3%B4nico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

2.2 A expansão dos incidentes de estelionato virtual nas redes de computadores na pandemia de Covid-19

A decretação do isolamento social, à medida que a pandemia de COVID-19 se alastrava, dificultou a realização de crimes praticados nas ruas. A redução do transeunte diminui, conseqüentemente, o furto de carteiras, por exemplo. Nessa perspectiva, os criminosos, para se manter, precisavam achar uma maneira de realizar fraudes por outro meio além do “presencial”.⁹

Vale frisar que a modalidade de delito virtual não surgiu durante a pandemia de COVID-19. Os delitos em si já eram amplamente praticados dado a sua alta probabilidade de êxito, face a dificuldade de rastreamento de dados, bem como as vítimas dos crimes, normalmente, consistem em pessoas leigas (não possuem o conhecimento sobre segurança na rede). Desta feita, o presente artigo apenas busca verificar se o estelionato virtual se potencializou no decorrer de pandemia, dada a alta utilização da rede mundial de computadores pela população.

Ocorre que, com o aumento exponencial dos usuários de rede em face dos teletrabalhos, vendas e aulas *online*, houve a constatação de que a prática dos crimes por meio virtual seria mais vantajosa e segura para o infrator. A internet, como disseminador de informações, serviu perfeitamente para realização de fraudes *online*, por intermédio da emissão constante de comunicações falsas. Portanto, o envio de e-mails, mensagens de *WhatsApp*, solicitando a transferência de algum valor, e sites de venda falsos tornaram-se comuns durante a pandemia de COVID-19, o que caracterizaria aumento do delito de estelionato cometido nas redes virtuais.¹⁰

Não há como aferir de maneira precisa o número de estelionatos cometidos nas redes virtuais de computadores, pois muitos são realizadas as escondidas, sem que o usuário se desse conta de que foi enganado. O estelionato, diferente dos outros crimes cometidos na rede, envolve a obtenção de vantagem ilícita através da

⁹ DUTRA, Gilson José. ALMEIDA, Ana Cecília de. FERREIRA DOS SANTOS, Felipe Nathan. TRUZZI, Bruno. A ocorrência de crimes durante a pandemia de COVID 19: investigações iniciais para o Estado do Rio Grande do Sul. Observatório Socioeconômico da COVID-19. Universidade Federal de Santa Maria. 2021. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/820/2021/01/Textos-para-Discussao-23-A-ocorrencia-de-crimes-durante-a-Pandemia-de-Covid-19.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

¹⁰ NAGLI, Luiz Sergio Dutra. Pandemia na pandemia: a escalada de ataques cibernéticos pós covid-19. Congresso Transformação Digital 2018. FGV EAESP. 2018.

disseminação de informação falsa, induzindo a vítima em erro, o que significa dizer que não há a violação objetiva da rede (não houve o extravio de dados, nem disseminações de vírus de computador para lesar os usuários), mas sim o delito envolve a manipulação da psique subjetiva do próprio usuário.¹¹ Isto posto, como não existe a atuação de mecanismos protetores das ferramentas virtuais (como antivírus), não haveria como precisar o número de estelionatos praticados.

Porém, é possível verificar o número de ocorrências e denúncias realizadas nos Estados e no Distrito Federal, a fim de trazer a concretude necessária para a análise da matéria. Consoante o Instituto de Segurança Pública (ISP) do **Rio de Janeiro**, os estelionatos cometidos nas redes virtuais aumentaram de 11,8% para **24,3%** durante o período de pandemia de COVID-19.¹² No Estado de Minas Gerais, a polícia civil indicou um **aumento de 50%** no número de denúncias envolvendo o referido crime digital no ano de 2020.¹³ Por fim, o Distrito Federal, consoante Polícia Civil, registrou um aumento de 87,1% dos crimes virtuais, sendo que, das 17.843 ocorrências, 9.529 eram de estelionatos.¹⁴

Em suma, a utilização das ferramentas digital foram um dos principais fatores para que os criminosos cometessem infrações sem precisar se locomover de sua residência. Seria jocoso afirmar que os próprios infratores descobriam sua forma de “*home office*”. Assim, foi adotada, durante a pandemia, a realização de fraudes nas redes virtuais para angariar vantagens indevidas.

¹¹ NAGLI, Luiz Sergio Dutra. Pandemia na pandemia: a escalada de ataques cibernéticos pós covid-19. Congresso Transformação Digital 2018. FGV EAESP. 2018.

¹² Instituto de Segurança Pública do estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=437>>. Acesso em: 20/04/2021.

¹³ G1. Cresce uso da internet durante a pandemia, e crimes virtuais aumentam quase 50% em MG. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/05/22/cresce-uso-da-internet-durante-a-pandemia-e-crimes-virtuais-aumentam-quase-50percent-em-mg.ghtml>>. Acesso em: 20/04/2021.

¹⁴ DIOGO, Darcianne. Com 17.843 ocorrências, crimes cometidos pela internet sobem 87,1% em 2020. Correio Brasiliense. Brasília: DF. 2021. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/02/4906387-com-17-843-ocorrencias-crimes-cometidos-pela-internet-sobem-871-em-2020.html>>. Acesso em: 20/04/2021.

3 TIPIFICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO ESTELIONATO VIRTUAL COMO UMA FORMA DE PREVENÇÃO À PRÁTICA DO DELITO

O delito de estelionato virtual, como dito anteriormente, vem aumentando ao longo da pandemia de COVID-19, dado à alta no número de usuários de rede. Nessa perspectiva, faz-se imprescindível a adoção de técnicas para a contenção do delito, uma vez que a insegurança social deve ser dirimida pela atuação efetiva do Estado.

A tipificação de qualificadoras/majorantes para as fraudes cometidas em rede seria um bom ponto de partida, a fim de encontrar alguma forma de conter a prática dos delitos. O Direito Penal não apresenta somente natureza punitiva, sendo aplicado para a prevenção de delitos cometidos na sociedade.¹⁵ À medida que se verifica o crescimento da modalidade do crime cibernéticos, conforme amplamente demonstrado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico deve se adequar a realidade fática (os efeitos do isolamento social que consistiria no aumento exponencial de usuários de rede e de estelionatos virtuais) para abarcar a população vulnerável a esse tipo de infração.

Nessa perspectiva, o presente capítulo analisará os motivos determinantes para que se tenha a tipificação de uma infração no Código Penal. Dito isso, será analisada a questão da proporcionalidade e razoabilidade na incorporação do tipo penal incriminador, adentrando na questão contrastando a visão do estelionatário simples em relação ao do estelionato virtual. Posteriormente, será realizado um estudo do campo de vista da vítima, na questão da sua vulnerabilidade, uma vez que o Código Penal somente prevê condutas que, além de repudiadas, causa um mal social elevado a ponto de necessitar da adoção de medidas extremas por parte do Estado. Por fim, o capítulo tratará da questão das políticas públicas para os usuários da rede, verificando se a adoção delas seria suficiente para combater o estelionato virtual.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 27 Ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

3.1 Tipo penal incriminador do estelionato virtual como um requisito de proporcionalidade em contrapartida ao delito de estelionato simples

Inicialmente, vale frisar que o estelionato lato sensu já se encontra tipificado no art. 171 do CP, sendo aplicado para todas as modalidades existentes.¹⁶ Logo, as fraudes praticadas na rede de computadores para a obtenção de vantagem ilícita recaem na mesma pena que o delito consumado presencialmente.

Porém, tal sistemática prevista no Código Penal encontra-se deveras defasada, tendo em vista que, independentemente da forma como o delito foi consumado, aplicar-se-ia a mesma pena, sendo que o diferencial entre os indivíduos seria no momento da realização da dosimetria da pena. A estipulação de punições praticamente idênticas para os delitos consumados presencialmente e os realizados por meio virtual configuraria em uma plena disparidade.

A rede mundial de computadores possui a capacidade de propagar intensivamente informações para seus usuários, sem diferenças, muitas vezes, a sua veracidade. Com base nisso, a disseminação de comunicação lesiva aos usuários para angariar vantagem indevida atingiria uma gama maior de usuários, tornando a sua consumação mais fácil para o infrator.¹⁷ Logo, é mais eficaz para o delinquente realizar o delito pelo meio digital do que o forma presencial.

Importante constatar, também, que é mais difícil verificar a autoria delitiva do crime de estelionato virtual do que o realizado da forma tradicional. A rede mundial de computadores é dotada de diversas criptografias, sendo um desafio verificar o lugar em que foi transmitido a informação fraudulenta e seu autor. Para isso, é necessária a realização de uma intensa investigação pelos peritos da polícia judiciária, o que por si só já demandaria uma punição mais elevada, se comparada com a modalidade presencial do estelionato.

¹⁶ BRASIL. [Decreto lei nº 2.848/1940]. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

¹⁷ ATAÍDE, Amanda Albuquerque de. Crimes virtuais: uma análise da impunidade e dos danos causados às vítimas. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade da Cidade de Maceió, sob orientação da prof. Kyvia Dannyelli Santos. Maceió: IESA. 2017. Disponível em: <http://www.faaiesa.edu.br/aluno/arquivos/tcc/tcc_amanda_ataide.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

Nessa perspectiva, como o direito penal visa não somente a punição do indivíduo, mas também a prevenção contra futuros delitos, não teria lógica a previsão de tratamentos idênticos para o estelionato lato senso e o virtual. A mensagem externada com a paridade punitiva seria de que o estelionato virtual seria mais favorável para infrator, pois, além de ter mais “segurança” ao praticar o delito (no sentido de que dificilmente será descoberto o real autor do delito), ele receberia a mesma sanção que o delito tipificado no art. 171 do CP. De maneira traduzida, o criminoso, basicamente, teria duas escolhas: ou pratica o delito com maior probabilidade de ser descoberto; ou pratica o mesmo delito de forma mais efetiva e com menos probabilidade de ser pego, tendo inclusive punição idêntica a primeira escolha.

Isto posto, haveria uma clara desproporcionalidade quando visualizamos a punição do estelionatário simples, tendo em vista que a potencialidade lesiva dessa modalidade é extremamente menor que a praticada virtualmente, o que demandaria sanções diferenciadas. Logo, como o estelionato virtual trata-se de uma sofisticação das tradicionais fraudes, seria mais razoável e proporcional que o autor dessa modalidade tivesse uma pena mais exacerbada do o agente da fraude presencial.

3.2 A tipificação da qualificadora do estelionato virtual como uma forma de proteção efetiva aos usuários da rede mundial de computadores face a sua vulnerabilidade

Para uma melhor análise quanto a viabilidade da estipulação de uma qualificadora/majorante para o estelionato virtual, seria necessário verificar a questão da vulnerabilidade vítima, modificando a perspectiva antes tratada. Acontece que os delitos praticados na rede de computadores possuem a capacidade de atingir uma gama maior de pessoas do que os praticados presencialmente. Ao transmitir uma informação falsa pela rede, ela irá ser replicada para diversos usuários, captando um número maior de vítimas.

Acrescido a isso, temos que analisar o grau de conhecimento dos usuários da rede de computadores, bem como verificar a capacidade de resistir às infrações penais praticadas na rede. Os referidos fatores nada mais seriam do que o índice de

vulnerabilidade da vítima, que justamente sustentaria a tipificação de uma qualificadora/majorante para o delito de estelionato virtual.

Os usuários da redemundial de computadores não são constituídos, em sua grande maioria, de pessoas com conhecimento técnico em computação e informática. Os sistemas virtuais de transmissão de informação são utilizados, normalmente, por pessoas leigas que vão adquirindo aos poucos conhecimento com base na velha mecânica de tentativa e erro.¹⁸

O homem médio não costuma, embora seria recomendado, procurar entender as funcionalidades do computador e da rede virtual, usando-os principalmente para fins pessoais (lazer) ou para trabalho (operação simples de criação de texto no Word, por exemplo, e não para trabalhos envolvendo técnica da computação). Portanto, não há como exigir de um indivíduo, o qual somente quer usufruir da ferramenta, conhecimento sobre segurança na rede, muitos inclusive pulam essa parte do manual que vem com os aparelhos, por confiarem na segurança garantida no momento da compra.

Diante disso, é facilmente perceptível a vulnerabilidade dos usuários da rede, que apenas acreditam nas informações transmitidas nas redes sem antes as confirmar, pois confiam veementemente na tecnologia de custo elevado adquirida. Nessa perspectiva, alguém com noções de informática poderia vir a utiliza-las para angaria vantagem ilícitas das pessoas leigas, o que demanda a proteção efetiva destas.

Entretanto, vale frisar que não são somente os indivíduos com pouco conhecimento técnico que caem nos golpes praticados nas redes virtuais. Um exemplo disso seria a clonagem de *WhatsApp*. Nessa modalidade, o infrator consegue acesso ao aplicativo de mensagens instantâneas e atua como se fosse a proprietária daquela linha telefônica, permitindo que ele peça dinheiro emprestado

¹⁸ GUISSO, Leonardo. Segurança digital: avaliação do nível de conhecimento da população sobre os riscos de segurança atrelados ao uso da internet na região de Bento Gonçalves. Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Sistemas de Informação como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Sistemas de Informação, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul, sob orientação do Prof. Me. Christian Zambenedetti. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/3081/TCC%20Leonardo%20Guisso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20/04/2021.

para parentes da vítima.¹⁹ Nisso, até os mais experientes no assunto, acabam por realizar o pagamento ao criminoso, acreditando fielmente que se tratava de um parente pedindo ajuda.

Em suma, a proteção efetiva da vítima e a percepção de que o criminoso está sendo punido pela infração cometida são duas vertentes amplamente abarcadas pelo Direito Penal. Nesse contexto, a previsão de uma qualificadora/majorante no delito de estelionato virtual é de suma importância para melhor se adequar ao cotidiano vivenciado (isolamento social em decorrer da pandemia de COVID-19).

3.3 A possibilidade de incorporação do tipo penal ao mesmo tempo em que o Estado promove políticas públicas

Por fim, é importante verificar a possibilidade de realização de políticas públicas para conter o estelionato virtual, ao invés da tipificação do delito no Código Penal, vertente defendida por muitos doutrinadores, em face da característica de *ultima ratio* do Direito Penal.²⁰ Para debater essa questão primeiro temos que constatar que a previsão de políticas públicas não, necessariamente, afasta a possibilidade de estipulação de um delito em legislação penal. É plenamente viável a adoção de medidas “antidelitivas” ao mesmo tempo em que se pune aqueles que pratiquem o delito.

Nesse contexto, seria sim cabível dentro das redes de computadores a adoção de medidas de segurança para evitar o estelionato virtual, como por exemplo programas de educação efetiva aos usuários para evitar caírem em fraudes ou então a previsão de criptografias mais elaboradas ou ferramentas destinadas a verificação da confiabilidade da informação. Porém, conforme dito anteriormente, o estelionato em si não envolve a aplicação de vírus ou malwares para corromper o computador, ou seja, não busca afetar de forma objetiva a rede em si. Na hipótese, o infrator utiliza muitas vezes de meios de propagação de dados legítimos, mas contendo informação

¹⁹ VIEIRA, Isadora Rocha. REZENDE, Vinícius Biagioni. Os crimes virtuais a partir da pandemia da COVID-19. Congresso Internacional de direito do vetor norte. Faculdade de Minas Gerais. Belo Horizonte: FAMINAS. 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/cw352q6w/qg0y7i81/29u40aE5cltwndXE.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. V.1, 27ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

fraudulenta. Desta feita, o delito é mais voltado para o aspecto subjetivo do ser humano do que o da máquina.²¹

Somando-se a isso, temos a percepção de que a tecnológica, principalmente na era digital, está em constante atualização, assim como as técnicas usadas pelos infratores. Nisso, ao coibir um determinado meio de praticar o estelionato, com o avanço no campo da informática, é questão de tempo para que o infrator descubra novas formas de chegar ao mesmo resultado delituoso. Assim, é muito difícil somente com a adoção de políticas públicas a proteção efetiva dos usuários da rede.

Em virtude disso, é muito melhor a presença dos dois mecanismos de contenção do delito do que a previsão de políticas de rede que podem muitas vezes não coibir a prática do estelionato. Dito isso, a segurança na rede seria mais fortalecida com a efetiva punição dos que tiverem condutas desvirtuosas ao mesmo tempo em que se estabelece instrumentos de proteção de dados nas redes virtuais.

Vale reverberar que o Direito Penal não busca somente a punição dos infratores, sendo utilizado, também, como uma forma de educar e ressocializar o delinquente. Nesse contexto, não necessariamente a sanção do delito de estelionato virtual envolveria a aplicação imediata da pena privativa de liberdade (tal modalidade somente seria usada em casos de reincidência delitiva), aplicando-se as medidas restritivas de direito, conforme o art. 44 do Código Penal, para justamente evitar que o infrator pratique novos delitos.²²

Assim, a previsão de uma qualificadora/majorante para a figura do estelionato virtual seria plenamente cabível, ao mesmo tempo em que o Estado pode apresentar políticas públicas nas redes virtuais para reduzir a quantidade de crimes virtuais praticados. Nesse sentido, como o estelionato virtual apresenta-se mais em voga do que o simples, as sanções previstas para essa modalidade devem ser mais elevadas do que as descritas no art. 171 do CP.

²¹ NAGLI, Luiz Sergio Dutra. Pandemia na pandemia: a escalada de ataques cibernéticos pós covid-19. Congresso Transformação Digital. FGV EAESP. 2018.

²² BRASIL. [Decreto lei nº 2.848/1940]. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

4 A VIABILIDADE DA INCORPORAÇÃO DO TIPO PENAL INCRIMINADOR POR INTERMÉDIO DO PROJETO DE LEI 3.376/20

Frente a necessidade de contenção do delito de estelionato virtual durante a pandemia de COVID-19, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.376/20. O referido projeto apresenta uma majorante para a modalidade digital da obtenção de vantagem ilícita mediante fraude, acrescentando o § 6º ao art. 171 do CP.

Nessa perspectiva, a redação dada pelo PL 3.376/20 estipula que a pena deve ser aplicada em dobro para o estelionato praticado “mediante a invasão, adulteração ou clonagem de aplicativo de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones ou com o emprego da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado”.²³

Nota-se que o projeto especifica as condutas que demandariam a aplicação da majorante aos crimes de estelionato. Primeiramente, fala-se de obtenção de vantagem indevida mediante invasão, adulteração ou clonagem de aplicativos de mensagens instantâneas e chamada de voz.²⁴ Essa conduta representaria justamente as clonagens de *WhatsApp*, bastante recorrente durante a pandemia, o qual o infrator consegue acesso à conta da vítima, utilizando-a para solicitar dinheiro à parentes.²⁵ Dito isso, o projeto foi redigido com base em um caso concreto de estelionato virtual, ao mesmo tempo em que prevê a incidência da majorante para qualquer tipo de ataque às redes sociais e ao número da linha telefônica da vítima.

Além disso, dada a alta maleabilidade dos crimes cometidos em rede, o projeto de lei em evidência estipula que qualquer conduta fraudulenta realizada na rede de computadores com a finalidade de angariar benefício indevido será

²³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 3.376/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lp5z95987g111xs826yrt2t61624705.node0?codteor=1904693&filename=Tramitacao-PL+3376/2020>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 3.376/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lp5z95987g111xs826yrt2t61624705.node0?codteor=1904693&filename=Tramitacao-PL+3376/2020>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁵ NAGLI, Luiz Sergio Dutra. Pandemia na pandemia: a escalada de ataques cibernéticos pós covid-19. Congresso Transformação Digital 2018. FGV EAESP.

enquadrado na majorante. Logo, o tipo penal descrito é bastante abrangente, justamente para abarcar toda e qualquer crime de estelionato cometido nas redes virtuais.

Feita essas análises quanto à redação do dispositivo previsto no projeto de lei descrito, cabe, por fim, verificar o quantitativo de pena estipulada. O art. 171 do CP apresenta com pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa.²⁶ Então, ao estipular pena em dobro, o projeto basicamente sedimentou que a sanção do delito de estelionato virtual seria de 2 a 10 anos de reclusão, o que por si só não seria uma pena elevada.

A pena exposta apresenta-se de forma proporcional com a sistemática trazida pelo Código Penal em si, possuindo uma sanção equivalente a prevista para os crimes de furto qualificado (descrito no art. 155, §2º, do CP)²⁷. Nessa perspectiva, a ideia aqui seria aplicação de uma punição mais elevada para os estelionatos cometidos na rede, buscando não somente a mera pena pela pena, mas sim a efetiva prevenção e proteção do delito, ao mesmo tempo que reduz a sensação de impunidade.

O principal motivo da elevação da pena em dobro, também, foi afastar a aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei 9.099/95²⁸, mas sem afastar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito (descrita no art. 44 do CP) aos apenados primários.²⁹ A ideia aqui foi descaracterizar a mínima ofensividade da conduta, face alcance do estelionato virtual, entretanto, mantendo o caráter de educação do condenado, impondo sanções da natureza diversas a efetiva prisão.

Em suma, o Projeto de Lei 3.376/20, tramitando na Câmara dos Deputados, apresenta-se como um programa de contenção do delito razoável, por intermédio da aplicação de uma majorante às fraudes praticadas nas redes virtuais. Logo, a aprovação do referido projeto no Congresso Nacional se faz necessário, sendo uma

²⁶ BRASIL. Decreto lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁷ BRASIL. Decreto lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁸ BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

²⁹ BRASIL. Decreto lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

inclusão deveras importante para a segurança dos usuários das redes de computadores.

5 CONCLUSÃO

A sensação de segurança na sociedade é de suma importância para o progresso econômico e social. A partir do momento que a proteção a determinados indivíduos se torna defasada, é notável a diminuição de investimentos e aplicação de recursos por risco de perda elevada. Trazendo o debate para a perspectiva digital, a insegurança na rede acarretaria a inutilização de ferramentas virtuais que, em tese, poderiam ser muito úteis para a melhoria da qualidade de vida. Um exemplo disso seria as compras realizadas virtualmente, pois diversas são as vezes que as pessoas deixam de comprar algo por medo de sofrer algum “golpe” ou ter o cartão de crédito clonado.

O direito penal, assim, possui como objetivo garantir alguma segurança para a população, ao afastar infratores do convívio social ao mesmo tempo em que os ressocializa. Por outro lado, muitos doutrinadores vão no caminho contrário a criminalização de condutas, ao externarem o rigor elevado da medida punitiva, mas tal constatação não condiz com a realidade fática.

Ao punir um infrator, o Direito Penal demonstra, para a sociedade, que aquela conduta é reprovável, o que diminui a incidência de crimes. Em contrapartida, a ausência de aplicação efetiva e proporcional de sanções penais a condutas reprováveis possuiria um efeito dominó, pois causaria a sensação de impunidade na sociedade, acarretando a elevação do número de delitos praticados.

Partindo do referido pressuposto, o presente trabalho buscou verificar se a tipificação do estelionato virtual seria uma forma viável de dirimir as fraudes praticadas nas redes de computadores. Diante disso, foi exposta a correlação entre o uso da internet durante a pandemia de COVID-19 e o aumento do número de estelionato virtual praticados, demonstrando que quanto maior for o número de usuários, mais ocorrências de fraudes nas redes irão ocorrer.

A consequente virtualização dos serviços básicos potencializada pela pandemia de COVID-19 acarretou justamente na alta exponencial de fraudes

cometidos nas redes virtuais, sendo imprescindível a adoção de mecanismos para proteção dos usuários da rede. Uma forma de diminuir os delitos praticados na rede de computadores, principalmente do estelionato, seria o enrijecimento do direito penal para essa modalidade específica. A dificuldade de conhecimento da autoria delitiva acrescida da extensão do delito praticado (fácil circulação de informações falsas na rede permite o cometimento do delito contra vários usuários ao mesmo tempo) seria justificativa suficiente para a estipulação de uma sanção penal mais rígida para os agentes da referida infração.

Nessa perspectiva, a majoração da pena do estelionato simples seria uma das formas de evitar a prática em massa do estelionato nas redes de computadores, possuindo a função de proteger os usuários de rede. É nesse mesmo sentido que o Projeto de Lei nº 3.376/20, tramitando na Câmara dos Deputados, caminha, ao determinar a aplicação da pena em dobro para os estelionatos virtuais, expondo que as pessoas se tornam mais suscetíveis e vulneráveis às fraudes quando elas são praticadas por meios digitais.

Por óbvio, a mera tipificação do delito não seria suficiente para a segurança efetiva dos usuários de rede, sendo necessário a confecção de programas de proteção por intermédio de adoções de políticas públicas. Isto posto, a utilização de todos os instrumentos disponíveis para a contenção de delitos seria o ideal para a proteção social.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Ana Paula Souza. **Crimes virtuais**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, sob orientação do Professor Juraci Cipriano. ANÁPOLIS: UniEvangélica. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/538/1/Monografia%20-%20Ana%20Paula%20Souza.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

ATAIDE, Amanda Albuquerque de. **Crimes virtuais: uma análise da impunidade e dos danos causados às vítimas**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade da Cidade de Maceió, sob orientação da prof. Kyvia Dannyelli Santos. Maceió: IESA. 2017. Disponível em: <http://www.faaiesa.edu.br/aluno/arquivos/tcc/tcc_amanda_ataide.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. V.1. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 3.376/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lp5z95987g111xs826vrt2t61624705.node0?codteor=1904693&filename=Tramitacao-PL+3376/2020>. Acesso em: 20/04/2021.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Painel tic covid-19: pesquisa sobre o uso da internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus**. 3ª Ed.: ensino remoto e teletrabalho. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201104182616/painel_tic_covid19_3edicao_livro%20eintr%C3%B4nico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

DIOGO, Darcianne. **Com 17.843 ocorrências, crimes cometidos pela internet sobem 87,1% em 2020**. Correio Brasiliense. Brasília: DF. 13 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/02/4906387-com-17-843-ocorrencias-crimes-cometidos-pela-internet-sobem-871-em-2020.html>>. Acesso em: 20/04/2021.

DUTRA, Gilson José. ALMEIDA, Ana Cecília de. SANTOS, Felipe Nathan Ferreira dos. TRUZZI, Bruno. **A ocorrência de crimes durante a pandemia de COVID 19: investigações iniciais para o Estado do Rio Grande do Sul**. Observatório Socioeconômico da COVID-19. Universidade Federal de Santa Maria. 2021. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/820/2021/01/Textos-para-Discussao-23-A-ocorrencia-de-crimes-durante-a-Pandemia-de-Covid-19.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

FEITOZA, Luis Guilherme de Matos. **Crimes cibernéticos e o estelionato virtual**. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, sob orientação do Prof Esp. Hailton da Silva Cunha. Brasília: UCB. 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_ciberneticos_o_estelionato_virtual.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

Gl. **Cresce uso da internet durante a pandemia, e crimes virtuais aumentam quase 50% em MG**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas->

gerais/noticia/2020/05/22/cresce-uso-da-internet-durante-a-pandemia-e-crimes-virtuais-aumentam-quase-50percent-em-mg.ghml>. Acesso em: 20/04/2021.

GUISSO, Leonardo. **Segurança digital: avaliação do nível de conhecimento da população sobre os riscos de segurança atrelados ao uso da internet na região de Bento Gonçalves**. Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Sistemas de Informação como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Sistemas de Informação, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul, sob orientação do prof. Me. Christian Zambenedetti. Disponível em:

<<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/3081/TCC%20Leonardo%20Guisso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20/04/2021.

Instituto de Segurança Pública do estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=437>>. Acesso em: 20/04/2021.

NAGLI, Luiz Sergio Dutra. **Pandemia na pandemia: a escalada de ataques cibernéticos pós covid-19**. Congresso Transformação Digital 2018. FGV EAESP.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílios: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. São Paulo. 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 20/04/2021.

PEREIRA, Tatiana. **Crimes virtuais**. Monografia submetida à Universidade do Vale do Itajaí, sob orientação do professor Alceu de Oliveira Pinto Junior. Florianópolis: UNIVALI. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.

VIEIRA, Isadora Rocha. REZENDE, Vinícius Biagioni. **Os crimes virtuais a partir da pandemia da COVID-19**. Congresso Internacional de direito do vetor norte. Faculdade de Minas Gerais. Belo Horizonte: FAMINAS. 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/cw352q6w/qg0y7i81/29u40aE5c1twnDXE.pdf>>. Acesso em: 20/04/2021.